

Læren om den negative kontraktsinteresse

Kandidatnummer: 539

Leveringsfrist: 25.11.2008

Til sammen 15355 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Rettskilder og juridiske metode	1
1.3	Den videre fremstilling	2
<u>2</u>	<u>BEGREPENE "NEGATIV" OG "POSITIV" KONTRAKTSINTERESSE</u>	<u>3</u>
2.1	Nærmere om den positive kontraktsinteresse	3
2.2	Nærmere om den negative kontraktsinteresse	4
<u>3</u>	<u>MULIGE ANSVARSGRUNNLAG - DEN NEGATIVE KONTRAKTSINTERESSE</u>	<u>5</u>
3.1	Culpa	5
3.1.1	Culpa in contrahendo	6
3.1.2	Culpa in contractu	7
3.1.3	Ansvar på objektivt grunnlag	9
3.2	Erstatning hvis avtale ikke kommer i stand	10
3.2.1	Prekontraktuelt erstatningsansvar	10
3.2.2	Delikts – eller kontraktsteorien?	12
3.2.3	Særlig om intensjonsavtaler	14
3.2.4	Hensiktsmessigheten av betegnelsen "culpa in contrahendo" ved prekontraktuelt ansvar	18
<u>4</u>	<u>ÅRSAKSSAMMENHENG - DE ENKELTE TAPSPOSTER</u>	<u>21</u>
4.1	Normale omkostninger	21
4.1.1	Forhandlingsutgifter	22
4.1.2	Slutningsutgifter	22

4.1.3	Oppfyllelsesutgifter	22
4.2	Disponeringstap	23
4.3	Kontraktgjensstandens farlige egenskaper	24
<u>5</u>	<u>ÅRSAKSKRAVET – EN SONDERING MELLOM DEN NEGATIVE OG DEN POSITIVE KONTRAKTSINTERESSE</u>	<u>25</u>
5.1	Ugyldige avtaler	26
5.2	Gyldige avtaler	28
5.2.1	Erstatning etter begge tapsutmålingsprinsippene samtidig er ikke mulig	28
5.2.2	Erstatning av den ”negative kontraktsinteresse” ved gyldig avtale	30
5.3	Prekontraktuelt ansvar	31
5.3.1	Den negative kontraktsinteresse	32
5.3.2	En sammenligning av den negative og den positiv kontraktsinteresse	34
<u>6</u>	<u>VALG MELLOM POSITIV - OG NEGATIV KONTRAKTSINTERESSE</u>	<u>36</u>
6.1	Når foreligger en valgrett?	36
6.2	Tapsbringende kontrakter	38
6.2.1	Frdrag for fordelene av å slippe fri fra en tapsinnbringende kontrakt	38
6.2.2	Unntak fra frdraget	39
6.2.3	Frdragsprinsippets anvendelsesområde på de to tapsutmålingsprinsippene	43
6.2.4	Noen eksempler på virkningen av frdragsprinsippet	45
<u>7</u>	<u>EN VURDERING AV BEGREPET ”NEGATIV KONTRAKTSINTERESSE”</u>	<u>47</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>50</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Formålet med denne oppgaven er å forta en erstatningsrettslig analyse og vurdering av begrepet ”negativ kontraktsinteresse” når det er tale om erstatningsutmåling i et kontraktsforhold.

Når det skal gis erstatning for tap i forbindelse med inngåelse eller avvikling av en kontrakt, kan tapet beregnes etter to forskjellige prinsipper. Man kan enten kreve erstatning etter den negative eller den positive kontraktsinteresse. De to begrepene gir uttrykk for to forskjellige tapsutmålingsprinsipper. Temaet for oppgaven er erstatning av den negative kontraktsinteresse. Den positive kontraktsinteresse trekkes inn der det er nødvendig for en sammenligning av begrepene. Ved å sammenligne begrepene vil man lettere kunne se det funksjonelle samspillet mellom dem, og også kartlegge innholdet i prinsippene ytterligere.

I fremstillingen skal hovedinnholdet i prinsippet drøftes, samt formål som skal ivaretas og begrunnelsene for at innholdet i prinsippet er som det er.

Det vil ikke bli lagt vekt på å drøfte om den samlede erstatning kan reduseres, som en følge av regler om lempning, adekvansbetraktninger eller skadelidtes medvirkning. Vilkåret om økonomisk tap i erstatningsretten faller utenfor oppgavens tema og blir ikke behandlet.

1.2 Rettskilder og juridiske metode

Erstatningsretten er en del av den ulovfestede retten. Utgangspunktet for drøftelsene er tatt i juridisk litteratur og rettspraksis.

Lasse Simonsens avhandling om ”Prekontraktuelt ansvar” fra 1997 har vært sentral ved løsningen av oppgavens problemstilling. Det samme må sies om Viggo Hagstrøms

”Obligasjonsrett” 3. utgave fra 2004 og Jo Hovs ”Avtaleslutning og ugyldighet – kontraktsrett,” 3. utgave fra 2002.

Videre må to artikler fra Tidsskrift for Rettsvitenskap nevnes særskilt. Disse er Sjur Brækhus` artikkel ”En analyse og vurdering av den såkalte negative kontraktsinteresse i nordisk kontraktsrett,” årg.60 (1947) s. 515-536 og Kjetil Krokeides artikkel ”Negativ kontraktsinteresse,” årg. 92 (1979) s. 165-177.

Rettspraksis blir kommentert underveis i oppgaven hvor den inngår som tolkningsmomenter av ulik styrke i vurderingen av hvordan man skal tolke de ulike begreper. Rt. 1938 s. 602, den såkalte Blårev-dommen, nevnes likevel som en sentral tolkningsfaktor ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i den negative kontraktsinteresse.

1.3 Den videre fremstilling

I oppgaven blir det først gitt en presentasjon av begrepene negativ og positiv kontraktsinteresse under kapittel 2. Deretter tas det i kapittel 3 stilling til mulige ansvarsgrunnlag for den negative kontraktsinteresse ved henholdsvis ugyldig og gyldig avtale, og ved mislykket kontrahering. Det vil særlig bli lagt vekt på erstatning av den negative kontraktsinteresse ved prekontraktuelt ansvar.

Oppgaven vil også omhandle årsakssammenhengen. Det blir i kapittel 4 først redegjort for de enkelte tapsposter som kan tenkes å falle inn under den negativ kontraktsinteresse. I kapittel 5 blir årsakssammenhengen for den negative kontraktsinteresse ved mislykket kontrahering, ugyldige og gyldige avtaler behandlet.

I visse tilfelle er det antatt at det er mulig å velge mellom begrepene negativ og positiv kontraktsinteresse. Under forutsetning av at en slik valgmulighet foreligger, blir det i kapittel 6 foretatt en analyse av når det ut i fra en økonomisk synsvinkel lønner seg å velge henholdsvis den negative eller den positive kontraktsinteresse. Forholdet ved tapsbringende kontrakter blir særlig behandlet, herunder blir det sett nærmere på hvordan prinsippet om

compensatio lucri cum damno slår ut. Til slutt blir den praktiske verdi av begrepet ”negativ kontraktsinteresse” drøftet under kapittel 7. Inndelingen vil nødvendigvis føre til noe dobbeltbehandling av oppgavens emner.

2 Begrepene ”negativ” og ”positiv” kontraktsinteresse

Som i den alminnelige erstatningsretten forutsetter erstatning i kontraktsretten at ansvarsgrunnlag, adekvat årsakssammenheng og erstatningsmessig tap foreligger. I kontraktsretten blir kravet om årsakssammenheng gjerne en sondering mellom den positive og den negative kontraktsinteresse. Begrepene dekker to ulike tapsutmålingsprinsipper. Tap etter den negative kontraktsinteresse skjer helt uavhengig av erstatningsnivået for den positive kontraktsinteresse.¹

Hverken den negative eller den positive kontraktsinteresse er en utmålingshjemmel eller en rettspolitisk begrunnelse, de gir kun anvisning på et årsaksperspektiv. Det er ikke mulig å trekke slutninger fra selve begrepene, men betegnelsene kan være hensiktsmessige fordi tapsdekningen blir klarere ved at den formuleres som et årsaksspørsmål.² Juridiske årsaksbetraktninger utgjør grunnlaget for løsningene, men klassifikasjonen er ikke fri for skjønn og vurdering. En flerhet av faktorer som rettsavgjørelser, rettstradisjon, logikk og reelle hensyn er avgjørende når man skal komme frem til grunnlaget for løsningene.³ Formålet med dette kapittel er å kartlegge nærmere hva som ligger i de to prinsippene.

2.1 Nærmere om den positive kontraktsinteresse

Erstatning av den positive kontraktsinteresse er tradisjonelt forbeholdt tilfelle av gyldig avtale. Formålet med erstatning av den positive kontraktsinteressen er å stille skadelidende part økonomisk som om kontrakten har blitt riktig oppfylt. Erstatningen kalles også

¹ Hagstrøm (2004) s. 520

² Hov (1997) s. 174

³ Hagstrøm (2004) s. 521

oppfyllelsesinteressen. Erstatningen er en avledning av at det foreligger en bindende avtale; avtalen kan gjennomføres ved oppfyllelse in natura eller ved fastholdelse av den økonomiske realiteten.⁴ I begge tilfeller fastholdes avtalen økonomisk, og den skadelidte part kasserer inn gevinsten ved avtalen.⁵ Erstatningen for den positive kontraktsinteresse utgjør differansen mellom den økonomiske situasjon parten befinner seg i som følge av misligholdet, og den økonomiske situasjon han *ville ha* vært i, dersom avtalen hadde blitt riktig oppfylt.⁶

2.2 Nærmere om den negative kontraktsinteresse

Ved utmåling av den negative kontraktsinteresse setter man derimot i prinsippet en strek over hele avtalen. Teorien har sitt utspring i ugyldighetslæren. Tapsutmålingsprinsippet skal stille kreditor økonomisk som om avtalen ikke var inngått.⁷ Erstatning etter den negative kontraktsinteressen kalles også tillitsinteressen. Det er det tap kontraktsparten har lidt ved å handle i tillit til at man har inngått, eller er i ferd med å inngå en avtale, som søkes erstattet.⁸

Den klare hovedregel er at erstatning av den negative kontraktsinteresse anses uforenlig med et krav på naturaloppfyllelse eller et krav på den positive kontraktsinteresse. Man kan ikke sette en strek over hele avtalen, og samtidig kreve erstatning for at bindende avtale foreligger. Krever man den negative kontraktsinteresse bygger man på at det har oppstått et tap ved at man har stolt på avtalen. Krever man erstattet den positive kontraktsinteresse påberoper man seg derimot avtalen og hovedforpliktelsen etter denne.⁹ Men visse modifikasjoner må gjøres fra dette. Noen av de tap som vanligvis omfattes av den negative kontraktsinteresse, kan undertiden også inngå som ledd i den positive kontraktsinteresse.¹⁰ Dette kommer vi nærmere inn på i kapittel 5 og 6 i oppgaven.

⁴ Hagstrøm (2004) s. 520

⁵ Brækhus (1947) s. 517

⁶ Hov (1997) s. 172

⁷ Simonsen (1997) s. 301

⁸ Brækhus (1947) s. 516

⁹ Hagstrøm (2004) s. 521

¹⁰ Hov (1997) s. 173

3 Mulige ansvarsgrunnlag - den negative kontraktsinteresse

Formålet med dette kapittel er å trekke fram enkelte ytre aspekter som ligger til grunn for ansvaret av den negative kontraktsinteressen. Ansvarsgrunnlaget må være oppfylt for at man skal kunne kreve erstatning. Som i den alminnelige erstatningsretten er culpapregelen den alminnelige erstatningsregel også i kontraktsforhold.

I dette kapittel blir det i punkt 3.1 først gitt en fremstilling av culpa ved avtaleinngåelse, culpa in contrahendo. Deretter ses det nærmere på culpa som er utvist mens avtalen løper, culpa in contractu. (Culpa in contrahendo og culpa in contractu blir også behandlet under punkt 6.2.2.3 i fremstillingen.) I punkt 3.2 tas det nærmere stilling til ansvarsgrunnlaget ved mislykket kontrahering. Det blir særlig lagt vekt på plassering av ansvarsgrunnlaget ved mislykket kontrahering da det er her ansvarsgrunnlaget kan by på mest tvil. Herunder ses det nærmere på forholdet til deliktsretten, særskilt med tanke på intensjonsavtaler. Til slutt blir det foretatt en vurdering av hensiktsmessigheten av å benytte begrepet ”culpa in contrahendo” når kontraheringen er mislykket.

3.1 Culpa

Ansvar etter culpapregelen forutsetter at debitor kunne og skulle ha handlet annerledes enn han har gjort. Dersom det ikke er hjemmel for å anvende en strengere erstatningsregel kommer culpapregelen til anvendelse på alle kontraktstyper og ved alle former for mislighold.¹¹ Det er allment akseptert at culpa er et ansvarsgrunnlag, uansett hvilken fase av kontraktsutviklingen forsømmelsen har skjedd i.¹²

Etter eldre teori var de tilfeller hvor den negative kontraktsinteresse kom til anvendelse eller kunne tenkes å bli gjort relevant forholdsvis oversiktlig. Ved å kombinere årsaksprinsippet og skyldregelen skilte man skarpt mellom to grupper som begge faller inn under kontraktserstatningsretten: Dersom det allerede på avtaletiden forelå forhold som førte til at en part ikke var forpliktet til å oppfylle avtalen eller ikke var i stand til å fullføre

¹¹ Hagstrøm (2004) s. 452

¹² Simonsen (1997) s. 155

den, ble betegnelsen culpa in contrahendo benyttet. Dersom oppfyllelsen av avtalen skyldtes forhold som inntrådte etter avtaleslutningen var betegnelsen culpa in contractu. Forelå culpa in contrahendo måtte erstatningen begrenses til den negative kontraktsinteressen. Culpa in contractu førte på sin side til erstatning for den positive kontraktsinteresse. Men prinsippene har ikke alltid kunnet løse spørsmålene i harmoni med de reelle hensyn, og de har derfor tapt mye av sin betydning. I dag kan man foreskrive ansvar for positiv og negativ kontraktsinteresse både ved forhold in contrahendo og in contractu, alt etter det reelle behov.¹³

3.1.1 Culpa in contrahendo

Culpa in contrahendo er ansvarsbetingende uaktsomhet ved avtaleinngåelse. Har man utvist culpa in contrahendo er man erstatningsansvarlig for det tap medkontrahenten har lidt som en følge av den uaktsomme adferd. Ansaret kan oppstå dersom en part ved uaktsomhet påfører motparten tap eller skade ved at avtale ikke kommer i stand, eller ved at man inngår en avtale som man ikke kan oppfylle.¹⁴ I det siste tilfelle består uaktsomheten i at man ved kontraktsinngåelsen burde ha forstått at man ikke ville kunne oppfylle i tide, jfr. for eksempel Rt. 1962 s. 175. I denne sak var det inngått en avtale om kjøp av en dieselmotor, men selger hadde unnlatt å informere kjøper om at importen av motoren forutsatte at det ble gitt kjøpetillatelse fra Handelsdepartementet. Selger ble i dette tilfellet erstatningsansvarlig for den negative kontraktsinteresse.

Læren om culpa in contrahendo betraktes i dag som en forgreining av lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold. Lojalitetsprinsippet har vid utstrekning og finner anvendelse i virksomme kontrakter, ugyldige kontrakter og mislykkede kontraheringsforsøk, samt i kjølevannet av oppfylte kontrakter. Men selv om kravet har en vid utstrekning, har det ulikt innhold i de forskjellige faser, spesielt synlig er dette ved mislykket kontrahering. Nærmere hva ligger i normen? Som alle plikter gir lojalitetsnormen uttrykk for en konkret avveiningsregel. Et vilkår om skyld må være tilstede for at lojalitetskravet skal kunne komme til anvendelse.¹⁵

¹³ Brækhus (1947) s. 527

¹⁴ Simonsen (1997) s. 202

¹⁵ Simonsen (1997) s. 151

Ansvar vil bare kunne pådras dersom skadevolder kan bebreides for sin handlemåte. Slikt sett faller den sammen med den alminnelige culpanorm i norsk erstatningsrett. Det tas nærmere stilling til culpa in contrahendo ved mislykket kontrahering i ved behandlingen av punkt 3.2.3.

3.1.2 Culpa in contractu

Culpa in contractu utgjør det ansvarsbetingende forhold som er utvist mens avtalen løper. Dersom debitor vet at oppfyllelsen er umulig, eller ytelsen lider av en mangel som gir kreditor hevningsadgang, og han lar være å ta de nødvendige skritt for å avverge unyttige utlegg, blir han erstatningsansvarlig for det tap kreditor deretter lider, men ikke nødvendigvis hele den negative interesse.¹⁶

Dette gjelder tilsvarende dersom debitor burde ha oppdaget oppfyllelshindringen og da burde avverget tapet for kreditor.¹⁷ Debitor kan heller ikke stilles bedre om han selv har forårsaket oppfyllelshindringen. Også da blir han ansvarlig for senere tap.

Det fører fram til en hovedregel: Dersom det oppstår en vesentlig oppfyllelshindring, og debitor kjente eller burde ha kjent til denne, blir han ansvarlig for det tap som deretter oppstår ved at kreditor ikke får vite om hindringen, og dermed pådrar seg unyttige utgifter, eller unnlater å kontrahere på annet hold. Debitor har dermed et ansvar for å holde øye med eventuelle oppfyllelshindringer og gi kreditor beskjed om dette. Dette ansvaret for den negative kontraktsinteresse bør også være tilstede dersom kreditor har inngått en uheldig kontrakt og ville ha lidt et tap i alle fall, og også dersom oppfyllelshindringen skyldes debtors eget forhold.¹⁸

Rt. 1938 s. 602, den såkalte Blårev-dommen, er et eksempel på dette. Et norsk selskap som hadde importert blårev fra USA fikk levert et parti blårev som hadde innvollsorm. Importøren hadde unnlatt å informere kjøperen om dette. Høyesterett slo fast at selgeren

¹⁶ Fleischer (1959) s. 48

¹⁷ Fleischer (1959) s. 48

¹⁸ Fleischer (1959) s. 49

burde ha forstått at dyrene var så mangelfulle på grunn av sykdom at kjøperen kom til å avvise dem når de kom frem til bestemmelsesstedet. Culpa in contractu forlås. Selger var uaktsom og hadde ikke fulgt lojalitetskravet.¹⁹ Et økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng var videre til stede. Selgeren pådro kjøperen en rekke utgifter som han ville ha vært spart dersom han hadde fått informasjon om dette før vareforsendelsen ble sendt, og dermed fått muligheten til å heve kjøpet. Kjøperen hevet kjøpet og krevde erstatning for fraktomkostningene fra USA, karanteneutgifter og foring. Dette var utgifter som ville ha påbeløpt selv om dyrene var kontraktsmessige, slik at det dreiet seg om ”oppfyllelsesutgifter” som går inn under de normale utgiftene som bare blir dekket av den negative kontraktsinteresse.

Selger ble ansvarlig for at kjøper pådro seg ekstraomkostninger for fraktomkostninger m.v. Dersom han hadde informert om dette da han ble klar over forholdet er dette utgifter kjøper ikke ville hatt.

Man kan spørre om ikke dette tilfellet logisk er å oppfatte som erstatning av oppfyllelsesinteressen? Kreditor skal jo stilles som om sekundærpliktene var riktig oppfylt. Men erstatningsberegningen blir imidlertid så ulik de vanlige tilfellene av positiv kontraktsinteresse at særskilt behandling er nødvendig, samtidig som den minner mye om beregningen av den negative kontraktsinteresse.²⁰

Hvilke tap kan man så pålegges ansvar for etter culpa in contractu? Tap som ikke ville vært unngått selv om debitor ikke hadde utvist culpa in contractu, kan man som hovedregel ikke pålegges erstatningsansvar for. Men dette gjøres muligens der kreditor har hatt utlegg i anledning av en ytelse av ikke-økonomisk verdi, f.eks. reiseutgifter til teaterbesøk, og debitor deretter ved særlig mislig opptreden bevirker at kreditor ikke får ytelsen (teaterbesøket), og utgiftene følgelig blir forgjeves.²¹ Hvis teaterforestillingen har

¹⁹ Se dommen s. 609

²⁰ Fleicher (1959) s. 49-50

²¹ Fleischer (1959) s.49-50

betydning ut over den økonomiske vil det være irrelevant å bedømme avtalen ut i fra en streng økonomisk synsvinkel. Se nærmere om dette i punkt 6.2.2.2.

Hva om en mindre vesentlig mangel isolert sett ikke skulle gi hevningsrett, men den likevel kan føre til hevningsrett dersom debitor unnlater å varsle, eller på annen måte opptrer svikaktig? Her vil vel årsaksbetraktningen føre til at kreditors ugifter ikke kan erstattes fullt ut, men med fradrag for det som eventuelt spares ved å slippe fri fra kontrakten. Men mye taler for å tilkjenne full erstatning her også, her er det mye å bebreide debitor.²² Dette vil være i samsvar med preventive hensyn.

Den negative kontraktsinteresse kan tenkes også uten at kravet på naturaloppfyllelse faller bort. Hevning kan være utelukket f.eks. fordi restitusjon av en eller flere ytelser ikke er mulig. Da må den negative kontraktsinteresse kunne kreves under vanlige betingelser. Dersom hevning er utelukket fordi misligholdet er uvesentlig, blir det derimot ikke noe erstatning etter den negative kontraktsinteresse.²³ Problemstillingen blir nærmere behandlet under punkt 5.2, ”negativ kontraktsinteresse” ved gyldige avtaler.

3.1.3 Ansvar på objektivt grunnlag

Normalt blir den negative kontraktsinteresse tilkjent i de tilfeller det foreligger skyld. Men kan det tenkes tilfeller der den negative kontraktsinteresse kan tilkjennes uten at skyld foreligger? Det blir antatt at den negative kontraktsinteresse i visse tilfeller må kunne kreves erstattet på objektivt grunnlag. Vurderingen ved objektivt ansvar hviler på hvilke forventninger som med rimelighet kan stilles til en kontraktpart i skadevolders posisjon.²⁴ Et eksempel er penger som blir betalt ut i fra en uriktig forutsetning om at det foreligger en forpliktelse til å betale. Dette kan man kreve tilbake. Men tilbakesøkningskravet må begrenses til mottakerens berikelse. For eksempel kan en kjøper gis rett til å avbestille et maleri han ikke lengre har brukt for, men han må da erstatte maleren av verket den negative

²² Fleischer (1959) s. 50

²³ Fleischer (1959) s. 52

²⁴ Hagstrøm (2004) s. 507

kontraktsinteresse.²⁵ Ingen skyld foreligger her. Formålet er at mottakeren skal holdes skadesløs for det tap han har hatt.²⁶

3.2 Erstatning hvis avtale ikke kommer i stand

Kontraktsfriheten gir uttrykk for den alminnelige kompetansenorm innenfor formueretten. Resultatløse forhandlinger kan ha medført utgifter, en part kan dessuten i tillit til forhandlingene ha latt være å inngå en gunstig avtale på en annen kant. Men det følger av kontraktsfriheten at man inngår kontrakter med hvem man vil, når man vil og om man vil. Og som en klar hovedregel kan en part ikke pålegges å betale erstatning dersom bindende avtale ikke kommer i stand.²⁷

Men unntaksvis kan man kreve erstatning av den negative kontraktsinteresse dersom avtale ikke blir inngått. Et ansvarsgrunnlag må foreligge for å kunne kreve erstatning av den negative kontraktsinteresse i dette tilfelle. Formålet i punkt 3.2.1 er å ta stilling til når et slikt ansvarsgrunnlag kan sies å foreligge. Under punkt 5.3.1 tas det forøvrig nærmere stilling til hvilke årsakssammenheng som må være oppfylt for å kunne kreve erstatning når avtale ikke kommer i stand.

3.2.1 Prekontraktuelt erstatningsansvar

Problemstillingen er ansvarsgrunnlaget ved mislykket kontrahering. Med betegnelsen ”prekontraktuelt ansvar” siktes det til en situasjon hvor aktører i et marked har satt seg i forbindelse med hverandre med den uttalte hensikt å inngå en avtale, eller i det minste for å avklare mulighetene for å slutte en avtale, uten at avtalen kommer i stand.²⁸

Det første spørsmål det må tas stilling er om et prekontraktuelt erstatningsansvar foreligger i norsk rett. Spørsmålet om prekontraktuelt ansvar er ikke fastslått i rettspraksis, men det er enighet i skandinavisk teori om at det prinsipielt er plass til et prekontraktuelt

²⁵ Brækhus (1947) s. 529

²⁶ Brækhus (1947) s. 529

²⁷ Hov (2002) s. 193

²⁸ Simonsen (1997) s. 5

erstatningsansvar.²⁹ Rt. 1998 side 761, Kina Hansen-dommen, forutsetter at et prekontraktuelt erstatningsansvar finnes. Om vurderingstemaet uttalte Høyesterett: *”Hvilken rettslig norm dette hendelsesforløpet her skal vurderes opp mot, er noe uavklart i norsk rett; det er en sparsom rettspraksis og ikke noen helt entydig juridisk teori når det gjelder vilkårene for erstatning for negativ kontraktsinteresse. Men utgangspunktet må være at det kreves en klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene - illojalitet, uredelighet, forledelse eller liknende[...]*”³⁰

Hvilke vilkår må være oppfylt for å kunne kreve erstatning for den negative kontraktsinteresse ved mislykket kontrahering? Etter dommen må et illojalt forhold foreligge før erstatningsansvar inntreffer, men hvor grensene skal trekkes må avgjøres konkret.³¹

Videre er det et vilkår at skadevolderen burde ha innsett at hans handlinger eller hans mangel på handlinger kunne føre til at den annen part ble påført tap. Det foreligger med andre ord ikke noe erstatningsgrunnlag dersom medkontrahenten har vært i god tro.

Woxholt mener unntaket om erstatning i prekontraktuelle forhold er i samsvar med reelle hensyn. Det ville virke tilfeldig og ubegrunnet dersom man skulle kunne kreve erstatning (oppfyllelsesinteressen) i de tilfelle der avtaler inngås, men der man konsekvent nektet erstatning hvis de erstatningsbetingende forhold ble oppdaget før avtalen ble inngått, med den følge at avtalen ikke kommer i stand (den negative kontraktsinteresse).³² Det vil i begge tilfeller kunne foreligge ansvarspådragende culpa in contrahendo. Det er i tråd med preventiv- og gjenopprettelseshensyn at dette prinsipielt og uavhengig av det øvrige hendelsesforløpet må være avgjørende og kunne føre til ansvar.

²⁹ Woxholt (2006) s. 209

³⁰ Se dommen s. 772

³¹ Simonsen (1997) s. 157

³² Woxholt (2006) s. 205

Behandlingen av prekontraktuelt ansvar viser at det ligger et krav om aktsom oppførsel som til en viss grad forplikter partene. Overtredelse av disse vil alt etter omstendighetene kunne kreve til erstatningsansvar. Det er av samfunnspolitisk nytte at man skaper klare rammeverk som fremmer effektiv ressursbruk. Det bør derfor kunne reageres mot misbruk som fører til at verdier i samfunnet går til spille.³³ Rettferdighets- og rimelighetshensyn trekker også i denne retning. Man skal ikke kunne inngå seg på kontraktsforhandlinger, opptre uaktsomt og slippe unna dette uten at det får noen konsekvenser.

3.2.2 Delikts – eller kontraktsteorien?

To forskjellige teorier har vært oppstilt for ileggelse av erstatningsansvar for motpartens kontraktsutgifter, *deliktsteorien* og *kontraktsteorien*. I deliktsteorien bygger ansvaret på de alminnelige ikke-kontraktrettslige erstatningsregler. I kontraktsteorien springer erstatningsplikten ut fra en kontrakt mellom skadelidte og skadevolder. Teorien bygger på at personer som står i kontraktsforhandlinger har visse lojalitetsforpliktelser ovenfor hverandre, selv om bindende avtale ennå ikke er inngått.³⁴

Grunnvilkårene for erstatningsansvar er de samme i begge relasjoner. Og erstatningsutmålingen vil være lik uansett om man antar at det er et kontraktsrettslig ansvar eller man ”fingerer” et ansvar for misligholdet av en lojalitetsplikt. Men det kan argumenteres for at det i mellomsøkningsstilfellene³⁵ vil være lettere å pålegge erstatning på et objektivt grunnlag dersom kravet kan bygges på kontrakt og ikke på alminnelige erstatningsregler.³⁶ Utover dette har ansvarsreglene i og utenfor kontraktsforhold både betydelige rettslige og faktiske likheter og forskjeller.

Det prekontraktsuelle ansvar representerer reelt sett et overgangstilfelle med elementer både fra delikts- og kontraktsretten. Der det er ulikheter i reglene i og utenfor kontrakt, vil valg

³³ Simonsen (1997) s. 5

³⁴ Krokeide (1979) s. 161

³⁵ Se nærmere om mellomsøkningsstilfellene i punkt 4.2.1 i fremstillingen.

³⁶ Krokeide (1979) s. 162

av teori få betydning. Problemstillingen under dette punkt blir derfor hvilke forskjeller og likheter brudd på de prekontraktuelle normer får etter de to teoriene.

I motsetning til deliktsretten har kontraktsretten en rekke sanksjoner som rettsbrudd kan bli møtt med. Hvilke sanksjonsart kreditor kan benytte seg av, avhenger av rettsbruddets art. Det skilles mellom uriktig oppfyllelse (mangel) og forsinkelse.

I den prekontraktuelle fase skal det ikke utveksles ytelser i egentlig forstand. Det vil derfor ikke være aktuelt med prisavslag og erstatning for en mindreverdige yttelse. Derimot vil det gi god mening å operere med rett til tilbakeholdelse av egen ytelse og tilbaketredelsesrett (hevning) i prekontraktuelle forhold. Dette kan gjøres ved at den krenkede part stanser sine kontraheringsforsøk, eller eventuelt trekker seg helt ut av forhandlingene på grunn av rettsbruddet. Det er liten tvil om at en lojalitetskrenkelse gir aktørene rett til å gå til dette skritt.³⁷ Men ofte vil dette være virkningsløst da det nettopp er motparten som ønsker seg ut av forholdet.

Utgangspunktet i kontraktsretten er at en part kan kreve avtalen gjennomført etter sitt innhold, eller eventuelt i form av dom på naturaloppfyllelse. Normalt gir ikke deliktsretten noen rett til slik gjenoppretting. Erstatning utgjør den mest praktiske reaksjonsformen på det prekontraktuelle rettsbrudd.

Erstatning etter det prekontraktuelle ansvar er grenseland-preget fordi det ligger i området mellom kontraktsrettslig ansvar og utenomkontraktsrettslig ansvar. Simonsen påpeker på side 359-361 i sin avhandling "Prekontraktuelt ansvar" fra 1997 at det vil kunne være aktuelt å ta i bruk mellomløsninger, med elementer både fra kontraktsretten og fra den alminnelige erstatningsretten. Det gjøres av et enstemmig Høyesterett i Rt. 2001 s. 1062, Nucleus-dommen.³⁸ Saken dreiet seg om erstatning for avtale som ikke kom i stand.³⁹ Førstvoterende viser til de nevnte sider i Simonsens avhandling, og uttaler videre "*dette er*

³⁷ Simonsen (1997) s. 167

³⁸ Se dommen s. 1079

³⁹ Se nærmere om dommen under punkt 4.3.2 i fremstillingen.

*eg enig i, i det eg legg til at den nærmare utforminga nettopp må ta utgangspunkt i dei særdraga som følger med bruk av anbod”.*⁴⁰

Spørsmålet om hvilke regler som gjelder for det prekontraktuelle ansvar må etter dommen avgjøres ut ifra en generell klassifisering av rettsforholdet. Med utgangspunkt i de særtrekk som gjelder for den prekontraktuelle handling må hver enkelt problemstilling undersøkes separat.⁴¹

Rt. 1997 s. 574, Firesafe-dommen, er et eksempel på at spørsmålet om erstatning avgjøres på grunnlag av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.⁴² Førstvoterende legger til grunn at i mangel av nærmere regulering av erstatningsspørsmålene ved lov eller på avtalemessig grunnlag, *”må erstatningsansvaret bygge på alminnelige erstatningsrettslige grunnsetninger, men slik at disse tildempes de særlige hensyn som gjør seg gjeldende innen anbudsretten”.*⁴³

Som vi ser må altså hver sak ses for seg selv. Om det lønner seg å kreve erstatning etter delikts – eller kontraktsretten må også avgjøres for hvert tilfelle.

3.2.3 Særlig om intensjonsavtaler

Hvordan blir forholdet til delikts- og kontraktsteorien i forbindelse med intensjonsavtaler? En intensjonsavtale er en erklæring som angir mål og hovedpunkter for en mulig kontrakt partene har til hensikt å slutte. Betegnelsen ”intensjonsavtale” indikerer at dokumentet er et forløpig og forberedende dokument, som senere har til hensikt å bli avløst av en bindende avtale.⁴⁴ Utsagnet ”til hensikt,” skaper ingen rettslige plikter og rettigheter, men intensjonsavtalen sender likevel ut signaler om at partene mener alvor.⁴⁵ Problemstillingen under dette punkt er om det synes mer nærliggende å benytte den ordinære

⁴⁰ Se dommen s. 1079

⁴¹ Simonsen (1997) s. 169

⁴² Se dommen s. 576

⁴³ Se dommen s. 577

⁴⁴ Woxholt (2006) s. 163

⁴⁵ Hov (2002) s. 77

kontraktsrettslige synsmåte når det foreligger en intensjonsavtale enn ved andre tilfeller der avtale ikke blir sluttet.

Først tas det stilling til om intensjonsavtaler blir ansett for å være forpliktende. Det er i rettspraksis en presumpsjon for at intensjonsavtaler ikke er forpliktende. Rt 1995 s. 543, Selsbakkehøgda Borettslag, har uttalelser om dette forhold. Et borettslag og et entreprenørselskap hadde avtalt at entreprenørselskapet skulle utføre visse arbeider på en boligblokk. Tvisten gjaldt spørsmålet om avtalen også omfattet arbeider på ytterligere 18 boligblokker. Høyesterett tok i dommen opp spørsmålet om prekontraktuelt ansvar. Førstvoterende reiste spørsmål *”om avtalen ikke likevel i noen utstrekning innebærer rettslige bindinger for partene”*.⁴⁶ Det vurderingsmessige utgangspunktet formulerte han slik: *”Jeg viser i denne forbindelse til at det særlig i forbindelse med mer langvarige og kompliserte kontraktsforhandlinger kan inngås såkalte intensjonsavtaler som senere eventuelt skal avløses av et forpliktende avtaleforhold. Presumpsjonen ved avtaler av denne typen er at partene ikke er forpliktet til å inngå på den påtenkte avtalen, men det kan i det enkelte tilfelle være forhold som gjør at partene ikke fritt kan trekke seg ut av forholdet.”* Hov mener her med rette av ordvalget er uheldig.⁴⁷ Definerer man ”intensjonsavtale” som noe som skal løses av et forpliktende forhold, ligger det jo i selve definisjonen at selve intensjonsavtalen ikke er noe bindende avtaleforhold, det er ikke noe det er ”presumpsjon for.”

Førstvoterende viser videre i dommen til Stiansen-dommen, Rt 1995 s.1110, hvor Høyesterett etter å ha kommet til at det ikke forelå en bindende avtale av det innhold entreprenøren hevdet, kom med uttalelser om plikten til lojalt å vurdere fremsatte pristilbud og gjennom forhandlinger å medvirke til en løsning av de uløste spørsmål. Et brudd på disse forutsetningene vil etter omstendighetene kunne medføre erstatningsansvar ovenfor tapte omkostninger til prosjektering med videre.⁴⁸

⁴⁶ Se dommen s. 552

⁴⁷ Hov (2002) s. 77

⁴⁸ Se dommen s. 1115

I tråd med uttalelsene fra Stiansen-dommen fremholdt han at *”brudd på disse forutsetningene kunne etter omstendighetene føre til erstatningsansvar for tapte omkostninger til prosjektering og annet etter synspunktene om den negative kontraktsinteresse.”*⁴⁹ Etter førstvoterende forelå det elementer i saken som kunne ha betydning for en slik synsvinkel. Men etter hans oppfatning var forutsetningene om slike plikter kommet så løst og ufullkomment til uttrykk, slik at han ikke fant vilkårene for å kunne kreve erstatning med støtte i det prekontraktuelle ansvar.⁵⁰ I presumpsjonen om at man er uforpliktet ligger det at partene ikke behøver å gi en ”rimelig grunn” for å unnlate å inngå den påtenkte avtalen.⁵¹

Ingen av de to nevnte dommene pålegger prekontraktelt ansvar, men det er til støtte for ansvaret at Høyesterett i begge tilfelle tar opp problemstillingen på eget initiativ. De prinsipielle uttalelsene fra Stiansen-dommen gjentas dessuten i Selsbakkehøgda Borettslag-dommen. Det foreligger altså etter rettspraksis ingen bindende avtale når man har inngått en intensjonsavtale.

Men hvilke slutninger kan man trekke av dommene? Trekker intensjonsavtalen i retning av at det synes mer nærliggende å påberope seg erstatning av den negative kontraktsinteressen på kontraktrettslig grunnlag? Dette er ikke helt klart. Det åpnes her for et ansvar, men det kommer ikke klart fram av dommene hvilke rettsgrunnlag ansvaret skal bygges på. Man kan enten legge til grunn at det dreier seg om en alminnelig lojalitetsnorm, eller ansvaret kan pålegges med støtte i at det er inngått en prekontraktuell avtale mellom partene.⁵² Det forhold at en part har inngått en intensjonsavtale, kan altså ikke i seg selv være avgjørende for at ansvar inntreffer. Som ved prekontraktelt ansvar ellers må man da vurdere de konkrete tilfelle hver for seg.

Innholdet av intensjonsavtalen vil være av betydning. Er en fremtidig kontrakt skildret presist og fullstendig med en målbeskrivelse vil kontraheringstilliten til den fremtidige

⁴⁹ Se dommen s. 552

⁵⁰ Simonsen (1997) s. 109-110

⁵¹ Woxholt (2006) s. 167

⁵² Woxholt (2006) s. 167

avtalen til en viss grad blir større.⁵³ Det vil også være av betydning hvor langt forhandlingene er kommet. Har de kommet langt kan det være grunn for den ene part å ta hensyn til den motpartens interesser. Har de akkurat kommet i gang med forhandlingene taler dette i motsatt retning.

De prekontraktuelle avtalene er ofte svært vage og ufullstendige, dette gjelder i utstrakt grad også intensjonserklæringene. De rendyrkede intensjonsavtalene uten spesifikke handleplikter gir i realiteten ikke uttrykk for annet enn det som også følger av de prekontraktuelle avtalene.⁵⁴ Her trekker ikke reelle hensyn i retning av at kontraktsteorien står sterkere enn deliktsteorien.

Men selv når intensjonsavtalen avgis på et tidlig stadium i prosessen slik at innholdet er skissepreget og vagt er det allikevel alminnelig antatt at en formalisering som sådan fører til en skjerpelse av lojalitetskravene.⁵⁵ Intensjonsavtalen vil altså ofte indikere at visse lojalitetsbånd har blitt knyttet mellom partene. Avtalen får da en indirekte innflytelse på det alminnelige ansvarsgrunnlaget.⁵⁶

Et ansvar knyttet til bruken av intensjonsavtaler vil videre kunne ha en viss preventiv betydning: Intensjonsavtalen gir signaler om at man ikke fritt kan forhandle seg til opplysninger om et foretak, for så å bryte forhandlingene og benytte disse til egen vinning. Selve betegnelsen ”intensjonsavtale” er ikke avgjørende. En avtale kan være kalt en intensjonsavtale, men likevel i det konkrete tilfelle være tolket slik at man anser en avtale som bindende inngått.⁵⁷ Men som hovedregel pålegger intensjonsavtalen ingen plikt til å fremforhandle den påtenkte avtalen. Man har ikke noe krav på den positive kontraktsinteressen dersom avtalen ikke kommer i stand, men man har likevel plikt til å opptre lojalt under forhandlingene, ellers kan man bli erstatningsansvarlig for den negative kontraktsinteressen.⁵⁸

⁵³ Simonsen (1997) s. 170

⁵⁴ Simonsen (1997) s. 431

⁵⁵ Simonsen (1997) s. 90

⁵⁶ Simonsen (1997) s. 8

⁵⁷ Hov (2002) s. 77

⁵⁸ Woxholt (2006) s. 165

Det er mulig at intensjonsavtalene etablerer plikter mellom partene på andre punkter enn det som det forhandles om. En intensjonsavtale kan for eksempel gi plikt til hemmelighold av forretnings- eller driftshemmeligheter som utveksles som ledd i forhandlingene, eller de kan gi et forbud mot å foreta parallelle forhandlinger, eller forbud mot konkurranse under forhandlingene.⁵⁹ Dersom man opptrer uaktsomt i henhold til disse plikter og opplysninger kan man bli erstatningsansvarlig for den negative kontraktsinteresse.

Formålet med intensjonsavtaler er ofte å skape større sikkerhet rundt kontraheringsforsøket. Dette taler for et kontraktuelt erstatningsansvar. Når partene har formalisert sine intensjoner oppstår det er særegent samspill mellom avtalen og de alminnelige normene. Dersom det i avtalen er beskrevet hvordan partene skal opptre får lojalitetsnormen en supplerende funksjon.⁶⁰ Normen vil også kunne virke korrigerende fordi den er bærer av verdihensyn. I tilfeller som dette vil det være lettere å vinne frem med å kreve erstatning etter kontraktsteorien. Det er ikke bare lojalitetsplikten som er avgjørende, i tillegg må man se på innholdet i intensjonsavtalen.

Som en oppsummering kan man si at også ved intensjonsavtaler er det en helhetsvurdering som skal legges til grunn når man tar stilling til om man skal benytte seg av kontraktsteorien eller deliktsteorien. Men det følger av drøftelsen at det muligens vil være større anledning til å påberope seg kontraktsteorien som ansvarsgrunnlag når man krever den negative kontraktsinteresse erstattet.

3.2.4 Hensiktsmessigheten av betegnelsen "culpa in contrahendo" ved prekontraktuelt ansvar

Ovenfor ble det konkludert med at det prekontraktsuelle erstatningsansvar kan falle inn under både delikts- og kontraktsteorien, jfr. punkt.3.2.2. Det forutsettes for drøftelsen under dette punkt at ansvar for det prekontraktsuelle ansvar faller inn under kontraktsteorien. Det

⁵⁹ Hov (2002) s. 78

⁶⁰ Simonsen (1997) s. 8

prekontraktuelle ansvar henføres gjerne til læren om culpa in contrahendo,⁶¹ men i Norden har ansvaret ingen historisk forankring i læren.⁶²

Problemstillingen her er om betegnelsen culpa in contrahendo er hensiktsmessig ved prekontraktuelt ansvar. Begrepsbruken i culpa in contrahendo legger til grunn at den ansvarspådragende handling har forekommet i førfasen av en kontrakt. Grunnlaget for erstatning er tilsynelatende det samme for erstatning ved ugyldige og gyldige avtaler, samt ved mislykket kontrahering. Felles for alle situasjonene er at det er utvist uaktsomhet ved kontraheringsfasen, og at erstatning søkes.⁶³ Likevel skiller det prekontraktuelle ansvar seg vesentlig fra de to andre ansvarssituasjonene. Når kontrakten er ugyldig eller gyldig har den formelle slutningsmekanismen for inngåelse av avtale trådt i kraft. Ved prekontraktuelt ansvar gjøres ansvarsgrunnlaget derimot gjeldende i en situasjon hvor partene aldri har nådd lengre enn til de forberedende stadier. Fordi tillitsinteressen på grunn av tillitens innhold først inntreffer ved avtalens inngåelse, foreligger årsakssammenheng strengt tatt ikke i den prekontraktuelle fase. Utgifter som har påløpt før dette tidspunktet kan ikke dekkes med den begrunnelse at skadelidte stolte på kontrakten eksistens.⁶⁴ Erstatning av den negative kontraktsinteresse i den prekontraktuelle fase blir dermed i bunn og grunn et spørsmål om et uaktsomhetsansvar utenfor kontraktsforhold. Dermed blir ansvarsformen ganske særpreget fra de to andre tilfelle.

Ved ansvar i kontraktsforhold bestemmes skyldtemaet av kontraktsforpliktelsene. Her er spørsmålet først og fremst om debitor allerede på kontraheringstidspunktet burde ha tatt i betraktning eller ha forutsett hindringen for riktig oppfyllelse. Er dette tilfellet, kan han holdes ansvarlig for kontraktsbruddet.

⁶¹ Simonsen (1997) s. 152

⁶² Simonsen (1997) s. 155

⁶³ Simonsen (1997) s. 156

⁶⁴ Simonsen (1997) s. 49

Ved ugyldige kontrakter dreier det seg om uaktsomhet i relasjon til ugyldighetsgrunnen. Problemstillingen er her om vedkommende kan bebreides, se for eksempel avtl. § 32 fjerde ledd⁶⁵ om dette.

Skyldtemaet i det prekontraktuelle ansvar er temmelig forskjellig fra de to foregående teoriene. Formålet med ansvaret er her å beskytte partenens tillit til at visse regler for lojal opptreden opprettholdes. Det er altså ikke hensynet til kontraktens innhold som skal beskyttes, men forholdet til forhandlings- og kontraheringsprosedyren. Prekontraktuelt ansvar vil inntre dersom disse lojalitetspliktene er brutt.⁶⁶

Det følger av drøftelsen ovenfor at culpa in contrahendo gjøres til en samlebetegnelse som rommer temmelig ulike ansvarsformer dersom man fører det prekontraktuelle ansvar inn under uttrykket culpa in contrahendo.⁶⁷ Fastleggelse av norminnholdet i forhold til det prekontraktuelle ansvar har liten eller ingen overføringsverdi til de gyldige eller ugyldige tilfeller, fordi det er snakk om to så ulike normkonstellasjoner. Gode grunner kan derfor tale for at det prekontraktuelt ansvar i realiteten er en helt selvstendig ansvarsform, løsrevet fra de øvrige culpa in contrahendo-tilfellene. Rettsfiguren gir verken noen begrunnelse eller noen veiledning om ansvarstypen. Det kan av denne grunn være hensiktsmessig å unngå fellesbetegnelsen ”culpa in contrahendo” når det er snakk om mislykket kontrahering. I sin avhandling fra 1997 omtaler Simonsen erstatning i den prekontraktuelle som ”prekontraktuelt erstatningsansvar” for å skille ut dette tilfellet fra de andre tilfeller det culpa in contrahendo vil kunne være aktuelt.⁶⁸ Dette har mange gode grunner for seg. På denne måten blir innholdet i betegnelsen mer relevant for de tilfeller der avtale ikke kommer i stand. Dette er bakgrunnen til at ansvarsgrunnlaget ved mislykket kontrahering ved culpa in contrahendo i denne oppgaven blir omtalt som prekontraktuelt ansvar.

⁶⁵ Avtaleloven § 32. fjerde ledd

⁶⁶ Simonsen (1997) s.156

⁶⁷ Simonsen (1997) s. 156

⁶⁸ Simonsen (1997) s. 157

4 Årsakssammenheng - de enkelte tapsposter

Oppgaven går nå over til å behandle de enkelte tapsposter som kan tenkes erstattet etter den negative kontraktsinteresse. Som i den alminnelige erstatningsrett skal erstatning av den negative kontraktsinteresse fastsettes i det konkrete, individuelle tap som den skadelidende har blitt påført, og det skal gis full tapsdekning.⁶⁹ Ved erstatning av den negative kontraktsinteresse søkes altså det tap kontraktsparten har lidt ved å handle i tillit til at man har inngått, eller er i ferd med å inngå en avtale.⁷⁰ Men hva kan man kreve erstattet? Den betegnelsen ”negativ kontraktsinteresse” er kun et abstrakt begrep, det gir ingen god veiledning på hva man i praksis kan kreve erstattet. Hensikten med dette kapittel er å gi en oversikt over de forskjellige tapspostene som kan være aktuelle å kreve erstattet etter den negative kontraktsinteresse, samt å gi eksempler på at tapspostene kan variere alt etter den faktiske situasjon.

Til den negative kontraktsinteresse regnes gjerne forskjellige grupper av utgiftsposter.⁷¹ En gruppe av tapspostene er skilt ut i fremstillingen, dette er de ”normale utgifter.” Disse blir behandlet i punkt 4.1. Denne tapsposten har stor betydning ved erstatning av den positive kontraktsinteresse, dette fordi den ofte vil komme i fradrag ved beregningen av det oppståtte tap. Derfor er en utskilling av denne posten hensiktsmessig.⁷² Det ses nærmere på fradragsproblemstillingen i kapittel 6 i framstillingen. Andre mulige tapsposter under den negative kontraktsinteresse blir behandlet i punkt 4.2 og punkt 4.3.

4.1 Normale omkostninger

De normale omkostninger, forhandlings-, slutnings- og oppfyllelsesutgifter, blir behandlet først. Dette er utgifter som ville ha påløpt hvis avtalen hadde vært gyldig, eller kommet i stand, og som parten selv må stå for når avtalen blir riktig oppfylt. De normale utgifter dekkes ved erstatning av den negative kontraktsinteressen, men som følge av

⁶⁹ Hagstrøm (2004) s. 534

⁷⁰ Brækhus (1947) s.516

⁷¹ Det er i juridisk teori ikke full enighet om inndelingen av tapspostene ved erstatning av den negative kontraktsinteresse, i denne fremstillingen legges Krokeides inndeling i normale utgifter til grunn. Krokeide (1979) s. 165mv. Ellers følger inndelingen Brækhus (1947) s. 518 mv.

⁷² Krokeide (1979) s. 166

årsaksbetraktningen kan posten ikke føres opp som en selvstendig post ved beregningen av den positive interesse.⁷³

4.1.1 Forhandlingsutgifter

Forhandlingsutgiftene er de utgifter som løper allerede på forhandlingsstadiet, mens det ennå er usikkert om avtale vil bli inngått. Dette kan være utgifter til forhandlinger, til juridisk bistand, veiledning fra sakkyndige, rene kontorutgifter og utgifter til utarbeidelse av tilbud.⁷⁴ Forhandlingsutgiftene utgjør hovedområdet for det prekontraktuelle ansvar.

4.1.2 Slutningsutgifter

Slutningsutgiftene er utgifter som oppstår som rettslige bivirkninger av en inngått avtale. De står ikke i sammenheng med den fysiske gjennomføringen av avtalen, men påløper i tilknytning til selv avtaleinngåelsen.⁷⁵ Eksempler på slutningsutgifter er meglerprovisjon, tinglysningsgebyr, dokumentavgift og konsesjonsavgift. Alt i den utstrekning dette må betales til tross for at avtalen ikke blir realisert.⁷⁶

4.1.3 Oppfyllelsesutgifter

Oppfyllelsesutgiftene er utgifter som påløper i forbindelse med selve gjennomføringen og oppfyllelsen av avtalen.⁷⁷ Dette gjelder for det første utgifter som påbeløper når parten forbereder sin egen ytelse. For eksempel når selgeren pakker de solgte varene og sender dem til kjøperen, bortfrakteren som lar skipet seile i ballast til avtalt lasteplass,⁷⁸ eller advokaten som kjøper inn spesiallitteratur for sette seg inn i en sak.⁷⁹ Utgiftene utgjør for det annet de kostnader parten har i forbindelse med mottagelsen av den annen parts ytelse. For eksempel kjøperen betaler frakt, karantene og veterinæromkostninger ved import av

⁷³ Brækhus (1947) s. 523

⁷⁴ Krokeide (1979) s. 166

⁷⁵ Hagstrøm (2004) s. 521

⁷⁶ Brækhus (1947) s. 519

⁷⁷ Brækhus (1947) s. 519

⁷⁸ Brækhus (1947) s. 519

⁷⁹ Hagstrøm (2004) s. 522

livdyr fra utlandet,⁸⁰ og leieboeren som flytter inn i det hus han har leid og innretter etter sitt spesielle behov, og som senere må flytte ut.⁸¹

4.2 Disponeringstap

Disponeringstap som er en annen mulig tapspost under den negative kontraktsinteresse.

Tapet faller ikke inn under de ”normale utgifter” som har blitt omtalt foran.

Disponeringstapet utgjør det tap en part har lidt ved at han har foretatt, eller latt være å foreta andre rettslige posisjoner i tillit til avtalen som senere viser seg å være ineffektiv.⁸²

Ofte dreier disponeringstapet seg om passivitet. Det viktigste tilfelle av passivitet foreligger hvor parten i tillit til den avtalen som har blitt sluttet, men som senere har vist seg å være ineffektiv, har unnlatt å slutte en lignende avtale på annet hold. Når feilen oppdages, er det ikke lenger mulig å slutte den andre avtalen, eller den må slutes på mindre gunstige vilkår. En kjøper må f.eks. nå skaffe seg varene til høyere pris, og får dessuten en senere levering enn beregnet. Dette kan resultere i at hans bedrift må stanse på grunn av råstoffmangel, eller at hans kjøper igjen hever og krever erstatning. Men tap av denne art foreligger ikke i alle tilfeller hvor markedsforholdene forandres til partens ugunst i den tid han stoler på avtalen.

Det kreves i tillegg at parten var fast bestemt på å inngå denne ene avtalen, eventuelt et begrenset antall av denne art, og at det var mulig å slutte det nødvendige antall effektive avtaler da den mangelfulle avtalen ble inngått.⁸³ Disse vilkårene vil for eksempel ikke være oppfylt dersom en bedrift selger et mindre parti av sitt store lager. Dette har ikke hindret andre salg. Men en aksjeeier som selger sine 5 aksjer i selskap X fordi han venter at kursen vil falle, vil høyst sannsynlig lide et tap ved å stole på dette salget, dersom avtalen viser seg å være ugyldig etter at kursen har falt.⁸⁴

⁸⁰ Rt. 1938 s. 602

⁸¹ Brækhus (1947) s. 519

⁸² Brækhus (1947) s. 521

⁸³ Brækhus (1947) s. 521

⁸⁴ Brækhus (1947) s. 522

Det kan i visse tilfeller være at et og samme tap dekkes etter både den positive og den negative kontraktsinteresse. Dette gjelder særlig disponeringstap ved unnlatt kjøp/salg. Men tapet må være oppstått som en følge av forskjellige begivenheter slik at årsaksrekkene er ulike. For å falle inn under den negative kontraktsinteresse, må tapet være en følge av at kreditor har stolt på avtalen. For å falle inn under den positive kontraktsinteresse må tapet derimot være en følge mislighold.⁸⁵ Dette vurderes nærmere i punkt 5.2.2 i framstillingen.

I eksempelet om aksjesalget vil den positive kontraktsinteresse være differansen mellom den avtalte pris og den pris eieren nå kan selge aksjen for i markedet. Mens disponeringstapet under den negative kontraktsinteresse vil være differansen mellom det eieren kunne ha solgt aksjene for til en annen kjøper dersom han ikke hadde blitt involvert med kjøperen og dagens markedspris.⁸⁶ Dette viser at den negative kontraktsinteresse kan bli like stor som den positive.

4.3 Kontraktgjensstandens farlige egenskaper

Tap på grunn av kontraktytelsens farlige egenskaper er en mulig post under den negative kontraktsinteresse. Et utleid hus er for eksempel dårlig vedlikehold, slik at leietager detter ned en råtten trapp og skader seg. Det er tvilsomt om dette kan betegnes som tap parten har lidd ved at han har stolt på avtalen. Her skal det bare konstateres at spørsmålet er omtvistet.⁸⁷

Ut fra gjennomgangen av tapsposter som kan tenkes å komme til anvendelse ved erstatning av den negative kontraktsinteresse ser vi at erstatningen av tillitsinteressen kan variere mye fra tilfelle til tilfelle, dette fordi den negative kontraktsinteresse er en samlebetegnelse. Dette viser nødvendigheten av å gå konkret til verks for å finne ut hva man kan kreve erstattet i det enkelte tilfelle.

⁸⁵ Hagstrøm (2004) s. 522

⁸⁶ Hagstrøm (2004) s. 522

⁸⁷ Brækhus (1947) s. 522

5 Årsakskravet – en sondering mellom den negative og den positive kontraktsinteresse

Formålet under dette kapittel er å kartlegge de tilfeller hvor den negative kontraktsinteresse kan tenkes å komme til anvendelse. På grunn av oppgavens størrelse vil mange detaljer ikke komme med.

Et krav på den negative kontraktsinteresse anses uforenelig med et krav på den positive kontraktsinteresse. Men det betyr ikke at den negative kontraktsinteresse bare kan kreves erstattet ved ugyldige kontrakter, selv om det var til dette formål at prinsippet om den negative kontraktsinteresse opprinnelig ble lansert. Nedenfor skal vi se at det begrepsmessig ikke er noe i veien for å tilkjenne en part negativ kontraktsinteresse hvor avtalen er gyldig, men som senere taper sin bindende kraft. Negativ kontraktsinteresse kan også kreves der avtale ikke kommer i stand. Man kan heller ikke utelukke den negative kontraktsinteresse hvor avtalen er gyldig, men parten kan benytte en alternativ rett til å gå ifra den, det vil si gi avkall på både naturaloppfyllelse og et krav på den positive kontraktsinteresse.⁸⁸

I punkt 5.1 ses det først på den negative kontraktsinteresse ved ugyldige avtaler. Deretter ses det på negativ erstatning ved gyldig avtale i punkt 5.2. Herunder blir det drøftet hvorfor man ikke kan kreve erstatning av begge tapsutmålingsprinsippene samtidig. Under punkt 5.3 tas det stilling til negativ kontraktsinteresse i forbindelse med det prekontraktuelle ansvar. Det vil under dette punkt bli foretatt en sammenligning av hvilke ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng som må foreligge for enten oppfyllelsesinteressen eller tillitsinteressen. I den videre framstillingen forutsettes det at vilkårene om ansvar og økonomisk tap er oppfylt. Dersom årsakssammenheng foreligger antas den å være adekvat.

⁸⁸ Brækhus (1947) s. 518

5.1 Ugyldige avtaler

Erstatning etter den negative kontraktsinteressen eller tillitsinteressen har tradisjonelt blitt forbeholdt tilfelle av ugyldige avtaler.⁸⁹ Ugyldighet henger sammen med forhold som forelå før avtalen, eller ved inngåelse av avtalen. Skadelidende part kan ikke kreve naturaloppfyllelse eller dom på oppfyllelsesinteressen ved ugyldige avtaler. Er avtalen allerede gjennomført er hovedkravet restitusjon. Inntreffer ugyldigheten før oppfyllelsen finner sted er ingen forpliktet til å oppfylle avtalen.⁹⁰ Men det kan tenkes at skadelidte likevel får noe mer tilbake enn sin egen ytelse, altså erstatning for den negative kontraktsinteresse.

Som vi har sett i punkt 3.1 kan den part som uaktsomt har ledet motparten til å tro at han har inngått en bindende avtale blir ansvarlig for den negative kontraktsinteresse dersom årsakssammenhengen er oppfylt. Dette gjelder både innenfor og utenfor de lovfestede tilfeller. Det foreligger ingen avtale dersom avtalen er ugyldig, men *visse* rettsvirkninger inntreffer allikevel. Dersom det er inngått en avtale som er ugyldig på grunn av forhold på den ene parts side, eksempelvis at parten er umyndig, har den skadelidende part krav på å få erstattet eventuelle utgifter han har hatt i forbindelse med inngåelsen av den ugyldige avtalen, altså den negative kontraktsinteresse. Man undersøker beløpet partene ville ha spart, og hvilke summer den sviktede part kunne ha tjent på annet hold dersom han hele tiden hadde vært klar over at avtalen ikke kom til å bli realisert.⁹¹

Når man krever den negative kontraktsinteresse erstattet i et ugyldighetstilfelle sier man gjerne at erstatningen har karakter av en ”mellomløsning.”⁹² Hva ligger i dette begrepet? Formålet er å stille skadelidte økonomisk som om avtale ikke var inngått. Man hverken taper eller tjener på den.⁹³ Den er en sanksjon som kan utøves i tillegg til at avtalen forkastes. Krokeide betegner det som at erstatningen gjør tjeneste som ”plaster på såret” til

⁸⁹ Hagstrøm (2004) s. 521

⁹⁰ Woxholt (2006) s. 284

⁹¹ Brækhus (1947) s. 517

⁹² Brækhus (1947) s. 528

⁹³ Hov (2002) s. 192

den part som må finne seg i at avtalen blir underkjent.⁹⁴ Dette er bakgrunnen til at man omtaler erstatningen av den negative kontraktsinteresse som en dempende mellomløsning mellom ugyldighet og bindende avtale. Dette selv om en avtale strengt tatt ikke foreligger. Når man taler om mellomløsning er det erstatningen man viser til.

Så lenge den negative kontraktsinteresse er mindre enn den positive kontraktsinteresse blir det som regel ikke noe spørsmål om den er hensiktsmessig som en mellomløsning. Men vil tillitsinteressen være tjenelig som mellomløsning dersom den er større eller like stor som den positive kontraktsinteresse? Det kan argumenteres for at mellomløsningstilfellene er den negative kontraktsinteresse lite egnet som målestokk for en mellomløsning hvis den er større eller av den samme størrelse som den positive kontraktsinteresse. Et lån utbetales for eksempel i tillit til kausjon fra en mindreårig, som svikaktig har oppgitt at han er 18 år. Dersom ugyldigheten først oppdages etter at låntaker er blitt insolvent, vil den negative kontraktsinteressen være lik oppfyllelsesinteressen. Brækhus mener i sin artikkel at det vil være det samme som å slå ben under ugyldighetsregelen hvis man pålegger den umyndige ansvar for dette beløp. Det samme gjelder i de andre tilfeller hvor avtalen prinsipielt erklæres for ikke å være bindende. Han sier videre at den negative kontraktsinteresse gir ikke alltid en brukbar målestokk for ansvaret, men den kan kombineres med andre begrensninger.⁹⁵

Her viser han til flere muligheter. Man kan for det første bestemme at erstatning skal avgrenses til den positive kontraktsinteresse hvor denne er mindre enn den negative. En slik dobbeltbegrensning kan være rimelig i tilfeller hvor man pålegger den hevede et objektivt ansvar for den negative kontraktsinteresse. Her foreligger det jo ingen skyld, jfr. punkt 3.1.3 i fremstillingen. Derimot vil en begrensning i erstatningen ikke være like rimelig dersom et skyldansvar foreligger. Motparten bør her i en rekke tilfeller tilkjennes erstatning for sine omkostninger, selv om det viser seg at avtalen ville ha blitt ugunstig for

⁹⁴ Krokeide (1979) s. 161

⁹⁵ Brækhus (1947) s. 532

ham, slik at den positive kontraktsinteressen er mindre enn null. I umyndighetstilfellet er begrensningen på den annen side utilstrekkelig.

En annen begrensning får man ved å skille ut disponeringstapet fra den negative kontraktsinteressen. Det er som regel disponeringstapet som fører til at ansvaret for den negative kontraktsinteresse blir for tyngende. Brækhus stiller spørsmålstegn ved om det kanskje kunne være en mulighet også å skille ut et innkjøpstap som skyldes prisfall. Men hvordan skulle en slik begrensningsregel i så tilfelle formuleres? Dette ville by på store utfordringer. Det er også svært forskjellige situasjoner vi har for øye. I enkelte tilfelle, som for eksempel ved umyndighet, ville begrensningen ha framstått som rimelig. Mens i andre tilfeller ville innføringen av en begrensningsregel begrense ansvaret for sterkt.⁹⁶

5.2 Gyldige avtaler

Ved gyldig avtale er det som hovedregel bare anledning til å kreve den positive kontraktsinteresse. Hvorfor dette er tilfelle drøftes under punkt 5.2.1. Men i noen tilfeller kan det likevel være anledning til å få erstattet tapsposter som faller inn under den negative kontraktsinteresse også ved gyldige avtaler. Det ses nærmere på hvilke vilkår som da må være oppfylt under punkt 5.2.2.

5.2.1 Erstatning etter begge tapsutmålingsprinsippene samtidig er ikke mulig

Dersom kontrakten er gyldig vil det som utgangspunkt bare være mulig å kreve den positive kontraktsinteresse erstattet. Formålet med erstatning av den positive kontraktsinteresse er å kompensere for det økonomiske tap et mislighold har påført kreditor. Årsaksperspektivet gir kreditor rett til å få dekket de utgifter han ikke ville ha fått dersom kontrakten hadde blitt riktig oppfylt.⁹⁷ De normale utgifter vil han ikke få dekket fordi disse ikke står i forbindelse med misligholdet. Er det grunnlag for å kreve den positive kontraktsinteressen, vil utgifter i forbindelse med avtaleinngåelsen måtte dekkes av en eventuell fortjeneste.

⁹⁶ Brækhus (1947) s. 532

⁹⁷ Simonsen (1997) s. 309

Første problemstilling er hvorfor tapspostene ikke kan falle inn under både den negative og den positive kontraktsinteresse. For å ta stilling til dette må vi se nærmere på innholdet av disse begrepene. Den negative kontraktsinteresse tar for seg følgene ved å stole på at det blir en kontrakt, mens den positive kontraktsinteresse dreier seg om følgene av at en kontrakt blir misligholdt.⁹⁸ Som vi ser er det snakk om to helt ulike årsaksperspektiver. Det er begrepsmessig ikke mulig å påberope seg avtalen, og samtidig kreve erstatning for det tap man har lidt ved å stole på at avtalen er gyldig. Ved hjelp av et par eksempler skal vi forsøke å belyse dette nærmere:

Man inngår for eksempel en avtale om å kjøpe et hus til en verdi av 2 millioner kroner for 1.5 millioner kroner. Dersom avtalen ikke blir oppfylt på grunn av mislighold, kan man kreve erstattet gevinsten på 500 000 kroner. Man blir da stilt som om avtalen hadde vært riktig oppfylt. Men da kan man ikke samtidig kreve de normale utgifter, altså utgifter man har hatt til tinglysning, byggetekniske undersøkelser og så videre erstattet etter den negative kontraktsinteresse. Dette er utgifter man vanligvis må ut med når man kjøper hus. Det er ikke en følge av at avtalen har blitt misligholdt. Når man får verdiforskjellen på 500 000 kroner, så kommer man i samme stilling som om avtalen hadde blitt riktig oppfylt.⁹⁹

Ville dette forholdet stilt seg annerledes dersom den gyldige avtalen var tapsbringende? La oss gå tilbake til eksemplet ovenfor. Dersom man hadde betalt 2.5 millioner kroner for huset som egentlig var verdt 2 millioner kroner ville utgifter til tinglysning og byggetekniske utgifter med videre, vært utgifter man må stå for, selv om man har gjort et dårlig kjøp.¹⁰⁰ Ugiftene utgjør de normale utgifter som man bare kan kreve erstattet etter den negative kontraktsinteresse. Siden avtalen er gyldig vil man ikke kunne kreve disse erstattet fordi årsakssammenhengen ikke er oppfylt. Utgiftene til tinglysning med videre er ikke utgifter man har pådratt seg fordi man har hatt tillit til at en gyldig avtale foreligger, men utgifter man hadde hatt uansett fordi man valgte å inngå en avtale om å kjøpe et hus som var verdt

⁹⁸ Hagstrøm (2004) s. 522

⁹⁹ Hov (2002) s. 194

¹⁰⁰ Hov (2002) s. 194

mindre enn det man betalte for det. Kreditor som krever erstatning for *mislighold* av hovedforpliktelsen vil altså i utgangspunktet ikke også kunne kreve erstattet tapsposter som faller inn under den negative kontraktsinteressen, da disse ikke er en del av *misligholdet*. Det følger av årsaksbetraktningen at man vanligvis heller ikke ved tapsbringende kontrakter kan kreve den negative kontraktsinteressen erstattet. Dette fordi disse tapspostene heller ikke skyldes *mislighold*.¹⁰¹

5.2.2 Erstatning av den "negative kontraktsinteresse" ved gyldig avtale

Det følger av drøftelsen ovenfor at kreditor som krever erstatning for *mislighold* av hovedforpliktelsen i utgangspunktet etter kravet om årsakssammenheng er avskåret fra å få dekket tapsposter som inngår i den negative kontraktsinteressen. Disse tapspostene er ikke en følge av *misligholdet*. Men dette er ikke helt konsekvent gjennomført i norsk rett. Som en følge av årsaksbetraktningen kan den som har inngått en gyldig avtale i visse tilfelle få erstattet noen, eller alle tapspostene som inngår i den negative kontraktsinteressen på grunn av *mislighold* av *biforpliktelser*, særlig gjelder dette i disponeringstap ved unnlatt kjøp/salg.¹⁰² Det foreligger enighet i rettspraksis om at man kan kreve den negative kontraktsinteresse erstattet i dette tilfelle.

Rt. 1938 s. 602, den såkalte Blårev-dommen, legger dette til grunn. Jfr. punkt 3.1.2 for gjennomgang av saksforholdet. I dommen hevet kjøperen avtalen. Likevel fikk han tilkjent erstatning for poster som falt inn under den negative kontraktsinteresse. Grunnen til dette var at de poster han fikk erstattet etter den negative kontraktsinteresse var *biforpliktelser*. Det var et vilkår for å kunne bli tilkjent den negative kontraktsinteresse her. Tapet har oppstått som en følge av forskjellige begivenheter slik at årsaksrekkene er ulike. For å falle inn under den negative kontraktsinteresse, må tapet være en følge av at kreditor har stolt på avtalen. Her hadde selger ikke fulgt de alminnelige krav til lojalitet. For å falle inn under den positive kontraktsinteresse må tapet derimot være en følge *mislighold*.¹⁰³

¹⁰¹ Hagstrøm (2004) s. 523

¹⁰² Hagstrøm (2004) s. 523

¹⁰³ Hagstrøm (2004) s. 522

Hovedforpliktelsen var livdyrene. Disse hadde en vesentlig mangel som berettiget hevning. Det er da ikke slik at man krever erstatning av begge tapspostene for samme forhold. Hva om avtalen hadde vært ugyldig på grunn av svik? Også da vil kjøperen kunne få utgiftene dekket. Men da ville erstatningsgrunnlaget ikke vært at selgeren hadde vist uaktsomhet i forbindelse med oppfyllelsen (*culpa in contractu*), men at kjøperen hadde hatt utgiftene fordi han hadde stolt på at det forelå en gyldig avtale (*culpa in contrahendo*).¹⁰⁴ Se nærmere om dette under punkt 6.2.2 i framstillingen.

Linjene fra Blårevdommen ble fulgt opp i Rt. 2002 s. 1110, Bodum-dommen. I dommen ble en virksomhet kjøpt ved overtakelse av alle aksjene i selskapet. Kjøperen krevde å få heve kjøpet, kravet ble ansett berettiget av Høyesterett. Skadelidende krevde også erstatning for forhandlings- og slutningsutgifter som var en direkte følge av kontraktinngåelsen. Om vurderingstemaet uttalte Høyesterett at det *”på samme måte som ved ugyldige avtaler kan det ved hevning bli aktuelt å bli tilkjent erstatning for tap og utgifter som er en direkte følge av kontraktinngåelsen.”* Men det er et vilkår at det *”foreligger et særskilt ansvarsgrunnlag.”* Dette kravet var som følge av *”klandreverdige”* forhold fra selgers side oppfylt i dommen ved at selgers representant hadde holdt tilbake vesentlig informasjon om selskapets økonomiske stilling. Kjøperen ble tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteresse. Han fikk erstattet sine utgifter til revisor og advokat i forbindelse med inngåelse av avtale om kjøp av alle aksjer i selskapet, og til sine utgifter til gjennomføringen av kjøpet.

5.3 Prekontraktuelt ansvar

Det prekontraktsuelle ansvar har kommet inn sent i utviklingen av de ulike ansvarsformene. Ansvaret har hele tiden blitt knyttet til den negative kontraktsinteresse. Men som vi har sett ovenfor i punkt 3.2 er det en annen ansvarsform som legges til grunn her enn i de tilfeller hvor avtalen allerede er sluttet. Fordi ingen kontrakt foreligger kan ikke skadelidte gis kompensasjon for å ha stolt på avtalen.¹⁰⁵ Ansvaret vil bero på hvilken prekontraktuell

¹⁰⁴ Hov (2002) s. 195

¹⁰⁵ Simonsen (1997) s. 320

norm som er brutt.¹⁰⁶ Nedenfor skal det kartlegges hvilke vilkår som må være tilstede for å kunne kreve den negative kontraktsinteresse ved mislykket kontrahering. I punkt 5.3.2 ses det nærmere på erstatning av den positive kontraktsinteresse, og de vilkår som må være til stede for å kunne kreve den ved mislykket kontrahering. Formålet med dette er å sammenligne vilkårene for positiv kontraktsinteresse med vilkårene for negative kontraktsinteresse.

5.3.1 Den negative kontraktsinteresse

Spørsmålet om årsakssammenheng blir i det prekontraktuelle ansvar annerledes enn etter den alminnelige kontraktsrett. I erstatning i kontrakt legges et faktum som har skjedd til grunn for årsakssammenheng. I prekontraktuelle forhold foreligger ikke faktum på samme måte som i erstatning i kontrakt. Fordi faktum ennå ikke har skjedd må det konstrueres. Det kan derfor særlig i den prekontraktuelle fase reise seg vanskelige spørsmål om grunnlaget for ansvar og om årsakssammenheng mellom feilen og det mulige tap. Men hvordan strengt skal årsakssammenheng være? Rt. 1997 s. 574, Firesafe-dommen, har uttalelser om dette. Dommen viser oss hvordan man må gå frem i praksis når man legger et hypotetisk hendelsesforløp til grunn for om man kreve den negative kontraktsinteresse. To anbydere som ville ha fått en kontrakt dersom innbyderen hadde fulgt vilkårene i en anbudskonkurranse ble i byretten tilkjent erstatning for den negative kontraktsinteresse. Begge parter godtok resultatet. Også andre anbydere hadde reist krav om erstatning for den negative kontraktsinteresse. Som grunnlag for kravet gjorde de gjeldende at de overhodet ikke ville ha gitt anbud dersom de hadde vært klar over at de måtte konkurrere med Firesafe, som ikke oppfylte betingelsene som var oppstilt i anbudskonkurransen.

Ut fra de vilkår som kan utledes av Firesafe-dommen blir den sentrale problemstillingen for om årsakssammenheng foreligger om de andre leverandørene ville ha gitt anbud hvis de hadde kjent til feilen fra oppdragsgivers side. Førstvoterende uttalte her at det ikke ”*skal stilles strenge krav for at anbyderen ville ha deltatt,*” vanlig sannsynlighetsovervekt ville

¹⁰⁶ Simosen (1997) s. 321

være nok.¹⁰⁷ Kravet må ses i lys av preventive hensyn, og de særlige vansker det erstatningsrettslige bevisetema slike saker reiser. Uttalelsen må ses i sammenheng med kravet til ansvarsgrunnlag. Dette er et moment som peker i retning av at man ikke kan ha et for strengt krav for at årsakssammenheng kan sies å foreligge.

Det følger videre av dommen at "*klare feil*" foreligger fra oppdragsgivers side. Kommunen satte som krav at anbyderen skulle ha lærlingordning i anbudsinvitasjonen, men avvek sine egne vilkår ved å velge en som ikke hadde slik ordning fordi den var priset lavere.¹⁰⁸ Dette er en typisk feil som kunne ha ført til at de andre anbyderne ikke hadde lagt inn sine bud. Førstvoterende viser til vanskelighetene med bevisetemaet i anbudssaker og til de preventive hensyn som grunn for å senke nivået for hva som er klare feil.¹⁰⁹

Høyesterett kom i denne saken frem til at anbyderne ville ha inngitt bud likevel. Dermed var det ingen årsakssammenheng, og den negative kontraktsinteresse ble ikke tilkjent.

Spørsmålet som stod for Høyesterett i Firesafe-dommen var altså om *alle* anbydere kunne kreve den negative kontraktsinteresse erstattet. Dette ble ikke tilkjent. Men som et obiter dictum ga Høyesterett uttrykk for at erstatning etter den negative kontraktsinteresse kunne være aktuell i enkelte anbudssituasjoner.¹¹⁰ Det vil for det første være i de situasjoner hvor anbudskonkurransen var fiktiv, for eksempel dersom innbyderens eneste formål med konkurransen var et ønske om å få fastlagt prisnivået, mens han i realiteten allerede hadde bestemt at kontrakten skulle gå til en bestemt entreprenør. Situasjonen vil være den samme dersom innbyderen av en eller annen grunn visste, og la skjul på, at prosjektet kanskje aldri ville bli realisert, f.eks. fordi finansieringen ikke var i orden.¹¹¹

Med støtte i dommen kan man kreve erstatning av den negative kontraktsinteresse dersom motparten holder tilbake informasjon som fører til at skadelidte part påføres utgifter, for

¹⁰⁷ Se dommen s. 579

¹⁰⁸ Se dommen s. 578

¹⁰⁹ Se dommen s. 577

¹¹⁰ Se dommen s. 579

¹¹¹ Hov (2002) s. 191-192

eksempel i forbindelse med utarbeidelse av anbud, som han kanskje ikke hadde innlatt seg på dersom han hadde kjent til alle relevante, faktiske forhold.

5.3.2 En sammenligning av den negative og den positiv kontraktsinteresse

Under dette punkt skal det tas stilling til hvilke vilkår som må være oppfylt dersom man i visse tilfeller kan kreve den positive kontraktsinteresse erstattet ved mislykket kontrahering. Hensikten med å kartlegge ansvarsgrunnlag og årsakssammenheng for den positive kontraktsinteresse ved mislykket kontrahering er å skape et sammenligningsgrunnlag for erstatning av den negative kontraktsinteresse ved mislykket kontrahering. I dette punkt skal vilkårene for å få tilkjent positiv kontraktsinteresse drøftes og sammenlignes med vilkårene for å få tilkjent erstatning av den negative kontraktsinteresse.

Normalt er det en forutsetning at gyldig avtale foreligger før man kan kreve den positive kontraktsinteresse erstattet. Det blir av denne grunn som utgangspunkt ikke spørsmål om å kreve erstatning for denne interessen dersom avtale ikke er kommet i stand. Men et par dommer i norsk rett bygger på at en part utenfor kontraktsforhold kan kreve erstatning som svarer til den positive kontraktsinteressen. Tilfellene gjelder der en anbyder begår en feil ved behandlingen av innkomne anbud, med det resultat at en anbyder går glipp av en kontrakt han ellers ville ha fått. Tilkjenning av den positiv kontraktsinteressen ble resultatet i Rt. 2001 s. 1062 Nucleus-dommen. Oppdragsgiver hadde i Nucleus-dommen utlyst en anbudskonkurranse om prosjektering av et sykehusbygg. Leverandøren med det nest laveste anbudet ble antatt. Den forbigåtte leverandør saksøkte og fikk medhold for erstatning av den positive kontraktsinteresse. Dommen var enstemmig og førte til en avklaring i spørsmålet om positiv kontraktsinteresse for norsk retts vedkommende. Resultatet ble forutsatt også i Rt. 1997 s. 574 Firesafe-dommen og Rt. 1998 s. 1398 Torghatten-dommen.

Den første problemstillingen som reises er hva som skal til for at ansvarsgrunnlag for den positive kontraktsinteresse kan sies å være oppfylt. For at vilkåret om ansvarsgrunnlag skal være oppfylt foretar førstvoterende en helhetsvurdering av feilene som har blitt begått i

prosessen.¹¹² Førstvoterende legger til grunn at det må være et visst rom for feil ved vurdering av anbud, både med hensyn til det faktiske grunnlaget og med hensyn til regelverket, uten at dette skal gi grunnlag for erstatning av den positive kontraktsinteresse. Som utgangspunkt bør det være snakk om *"vesentlige feil"* dersom ansvarsgrunnlag skal foreligge, men førstvoterende mener at det uansett bør være et *"visst rom for feil"*.¹¹³ Neste problemstilling blir å finne ut av hvor i nivået mellom *"vesentlig feil"* og et *"visst rom for feil"* ansvarsgrunnlaget ligger. For å finne frem til dette må ordlyden tolkes.

I vurderingen av hva som skal ses på som vesentlig må man ta hensyn til både størrelsen på feilen, typen feil, og hvor mye av feilen som kan legges oppdragsgiveren til last. Terskelen for feil skal altså legges høyere enn at enhver feil skal føre til erstatningsansvar. Før det foreligger et erstatningsbetingende ansvarsgrunnlag må altså klandreverdigheten være høy. Til sammenligning var det i Firesafe-dommen tilstrekkelig med *"klare feil"* for at ansvarsgrunnlaget for den negative kontraktsinteresse skulle være oppfylt.¹¹⁴ Det kreves altså et strengere ansvarsgrunnlag for erstatning av den positive kontraktsinteresse.

Det må videre være årsakssammenheng mellom feilen og det tenkte tapet. Også beviskravet til årsakssammenhengen bør innrammes i forhold til det vanlige beviskravet. Det vil ofte være vanskelig å avgjøre om en feil har spilt inn ved avgjørelsen. Førstvoterende sier det må kreves at anbyderen med *"klar sannsynlighetsovervekt"* viser at oppdraget skulle ha gått til vedkommende anbyder.¹¹⁵ Til sammenligning var det ved tilkjennelse av den negative kontraktsinteresse tilstrekkelig at vanlig sannsynlighetsovervekt forelå, jfr. punkt 5.3.1 ovenfor. En sammenligning av vilkårene for erstatning av henholdsvis oppfyllelsesinteresse og tillitsinteresse viser altså at det skal mer til for å kunne tilkjenne den positive kontraktsinteresse enn det skal til for å tilkjenne den negative kontraktsinteresse.

¹¹² Se dommen s. 1072

¹¹³ Se dommen s. 1079

¹¹⁴ Se dommen s. 577

¹¹⁵ Se dommen s. 1079

Neste problemstilling blir da hvorfor det skal mer til for å bli tilkjent den positive kontraktsinteresse enn den negative. For å ta stilling til dette må vi se på årsaksbetraktningene bak tapsutmålingsprinsippene. Normalt vil tilkjennelse av oppfyllelsesinteressen innebære en mye større økonomisk belastning for den som skal svare erstatningen. Dette taler for at vilkårene for å få tilkjent den positive kontraktsinteresse er strengere enn vilkårene for å bli tilkjent den negative kontraktsinteresse.

6 Valg mellom positiv - og negativ kontraktsinteresse

Oppgaven går så over til å behandle en mulig valgrett mellom den positive og den negative kontraktsinteresse. I punkt 6.1 ses det først nærmere på når en valgrett mellom oppfyllelsesinteressen og tillitsinteressen kan sies å foreligge. Under forutsetning av at en valgrett foreligger blir det fra en økonomisk synsvinkel tatt stilling til hvordan erstatningen ved tapsbringende avtaler ved henholdsvis oppfyllelsesinteressen eller tillitsinteressen vil være. Herunder foretas det en vurdering av fradragsprinsippet *compensatio lucri cum damno*. For ytterligere å belyse hvilken betydning valgmuligheten har blir det til slutt i punkt 6.2.3 gitt noen praktiske talleksempler på hvordan erstatning ved tapsbringende avtaler vil slå ut etter de to tapsutmålingsprinsippene.

6.1 Når foreligger en valgrett?

I punkt 5.2.1 i fremstillingen ble det konkludert med at det var begrepsmessig ikke var mulig å kreve både den positive og den negative kontraktsinteresse erstattet samtidig. Det er som utgangspunkt heller ikke anledning til å velge hvem av prinsippene man vil påberope seg for erstatning. Men er det i visse tilfelle likevel anledning til å velge hvem av tapsutmålingsprinsippene man vil kreve erstatning etter? Etter norsk rett er det som hovedregel ikke anledning for kreditor til å velge hvilke årsaksperspektiv tapsmålingen skal skje etter.¹¹⁶ Som vi har sett er det begrepsmessig umulig å velge erstatning etter begge

¹¹⁶ Simonsen (1997) s. 318

prinsippene. Men i visse tilfelle kan det likevel være mulig å velge hvilke av tapsutmålingsprinsippene man vil benytte seg av.

Noen ganger foreligger både ugyldighet og mislighold, slik at misligholdet er vesentlig. Man vil da ha en valgrett i henhold til hvem av prinsippene man vil kreve erstatning etter. En slik valgrett vil foreligge i en rekke ugyldighetstilfelle, og hvor det foreligger vesentlig mislighold fra den ene parts side.¹¹⁷ Tingen som er kjøp er f.eks. beheftet med en vesentlig mangel som berettiger hevning etter kjl. § 39,¹¹⁸ noe selger svikaktig har fortiet ved avtaleinngåelsen, jfr. avtl. § 32.¹¹⁹ Når de alminnelige vilkår med hensyn til ansvarsgrunnlag er oppfylt er det alminnelig antatt at den skadelidte part i disse tilfeller kan velge å heve avtalen og kreve den positive kontraktsinteressen eller påberope seg ugyldighet og kreve den negative kontraktsinteressen.¹²⁰ I den videre framstilling forutsettes det at bindende avtale foreligger, men alt ut fra hva som lønner seg kan man enten kreve ugyldighet og kreve den negative kontraktsinteresse erstattet, eller man kan heve avtalen og kreve den positive kontraktsinteresse erstattet.

Fra en økonomisk synsvinkel vil et krav på den negative kontraktsinteresse i denne sammenheng bare ha betydning hvor det er større enn kravet på den positive kontraktsinteressen. Til sammenligning ble den negative kontraktsinteresse i mellomløsningstilfellene kun trukket inn fordi den presumptivt var mindre enn den positive, jfr. punkt 4.2.1 ovenfor.¹²¹

I de tilfelle kontrakten er ikke-tapsbringende eller økonomisk gunstig vil skadelidte komme best økonomisk ut av det ved å heve avtalen og kreve oppfyllelsesinteressen. Han blir da satt økonomisk som om avtalen hadde blitt riktig gjennomført. Som regel vil erstatning av

¹¹⁷ Brækhus (1947) s. 530

¹¹⁸ Kjøpsloven § 39

¹¹⁹ Avtaleloven § 32

¹²⁰ Woxholt (2006) s. 286

¹²¹ Brækhus (1947) s. 528

den negative kontraktsinteresse i denne forbindelse være mindre enn den positive. Den negative kontraktsinteresse er derfor ikke av interesse her.

Men det dekningsprinsipp som den positive kontraktinteresse er et uttrykk for vil ikke alltid medføre et godt resultat for skadelidte.¹²² Da oppstår spørsmålet om i stedet å benytte seg av tillitsinteressen som grunnlag for tapsutmålingen. Særlig i to tilfelle vil dette være aktuelt. For det første dersom det foreligger et disponeringstap som overstiger oppfyllelsesinteressen. Dette har vi sett eksempel på i punkt 4.2 i framstillingen. Det mest praktiske eksemplet er derimot ved tapsbringende kontrakt.¹²³ Nedenfor ses det nærmere på valgmuligheten med den tapsbringende avtale for øye.

6.2 Tapsbringende kontrakter

Ovenfor ble det konkludert med at man ved en ikke-tapsbringende avtale som regel kommer økonomisk best ut av det hvis man krever erstatning av den positive kontraktsinteressen. Men at det ved tapsbringende avtaler ikke lønner seg å påberope seg oppfyllelsesinteressen. Problemstillingen i dette avsnitt er å kartlegge hvorfor man oppnår en økonomisk fordel ved å kreve tillitsinteressen ved tapsbringende kontrakter. For å ta stilling til dette er det nødvendig å se nærmere på anvendelsen av prinsippet om *compensatio lucri cum damno* ved krav på henholdsvis den positive og den negative kontraktsinteresse.

6.2.1 Fradrag for fordelene av å slippe fri fra en tapsinnbringende kontrakt

Når en tapsbringende kontrakt bortfaller medfører dette en økonomisk fordel for kreditor. For beregningen av erstatningens størrelse gjelder det en ulovfestet regel om at det skal gjøres fradrag for fordelene den berettigede har hatt på grunn av misligholdet etter prinsippet av *compensatio lucri cum damno*.¹²⁴ Etter prinsippet skal den vinning skaden har tilført skadelidte avkortes i erstatningen.¹²⁵ Det er ikke full enighet om prinsippets virkeområde, men det er antatt at den fordelene skadelidte oppnår ved å slippe fri fra en ugunstig avtale

¹²² Simonsen (1997) s. 309

¹²³ Brækhus (1949) s. 530

¹²⁴ Hov (1997) s. 190

¹²⁵ Hagstrøm (2004) s. 549

skal kunne gå til fradrag.¹²⁶ Dette innebærer at det i utgangspunktet både ved tillitsinteressen og oppfyllelsesinteressen skal gjøres fradrag for den fordel det er å slippe fri fra en tapsbringende kontrakt. Prinsippet har stor betydning i tapsbringende kontrakter fordi fordelene ved å slippe fri vil være større enn de omkostninger parten har pådratt seg.¹²⁷

6.2.2 Unntak fra fradraget

Utgangspunktet er altså at det skal gjøres fradrag for den fordel det er å slippe fri fra den tapsbringende kontrakten. Men også for disse avtalene vil det etter norsk rett være en begrenset adgang til å kreve fradrag. Sterke reelle hensyn peker i retning av en begrensning av fradragsplikten fordi en ubegrenset bruk av regelen i mange tilfelle kan føre til urimelige resultater. Det har lenge vært anerkjent at det i hvert fall må gjøres visse unntak for å unngå støtende resultater.¹²⁸ I kontraktsretten angis det tradisjonelt en del type tilfeller hvor fradrag ikke skal skje. Disse må oppfattes mer som sikre eksempler enn som uttømmende kategorier.¹²⁹ Problemstillingen blir her hvilke hensyn som ligger til grunn for at det ikke skal gjøres fradrag i disse tilfellene.

6.2.2.1 Svik

Det kan for det første tenkes at den ”uaktsomme” part bevisst har narret den annen til å inngå en ugunstig avtale. Det foreligger da svik, eller det strider mot redelighet og god tro. Her kan den krenkede part kreve erstatning for sine kontraktsomkostninger uten hensyn til om avtalen var ugunstig for ham. Det gjøres altså ikke fradrag for fordelene det er å slippe fri fra kontrakten. De samme vil være tilfelle dersom han har blitt tvunget til å inngå en ugunstig avtale.¹³⁰ Prevensjonshensyn taler imot å gi fradrag i dette tilfelle. Det ville ikke virke rimelig om man skulle kunne kreve fradrag dersom man ved svik hadde ledet noen til å inngå en avtale.

¹²⁶ Simonsen (1997) s. 313

¹²⁷ Krokeide (1979) s. 174

¹²⁸ Hagstrøm (2002) s. 555

¹²⁹ Hagstrøm (2002) s. 555

¹³⁰ Brækhus (1947) s. 534

6.2.2.2 Ikke gevinstrettede kontrakter

For det annet kan det tenkes at avtalen er ugunstig for den krenkede part allerede ved avtaleinngåelse, uten at det skjer noe uredelig ved dette misligholdet.¹³¹ Man kjøper for eksempel et hus eller et maleri man gjerne vil ha til en høyere verdi enn det gjenstanden egentlig er verdt. Blir avtalen misligholdt blir det i juridisk litteratur antatt at han må kunne kreve erstatning for sine omkostninger uten hensyn til overprisen.¹³²

Hva er begrunnelsen for at man skal kunne kreve dette erstattet uten fradrag for å slippe fri fra den ugunstige kontrakten? Hvis det betød så mye for kjøperen at han er villig til å tape på handelen, ville de utgifter han har hatt til reiser, meglerprovisjon med videre være fullstendig bortkastet dersom han ikke får det avtalen gjelder.¹³³ I ikke-gevinstrettede kontrakter er det irrelevant å vurdere avtalen ut ifra en streng økonomisk synsvinkel.¹³⁴ Erstatning av den positive kontraktsinteressen vil i mange tilfelle være en dårlig erstatning for oppfyllelse. En part som er i avtaleforhandlinger om en ytelse han vil beholde, godtar ofte en pris i overkant av verdien, og betaler dessuten omkostningene ved handelen. Dersom avtalen ikke blir oppfylt representerer omkostningene subjektivt sett et tap selv om parten objektivt sett ikke ville ha tjent på å komme løs fra avtalen. Det synes umiddelbart rimelig med et krav på den negative kontraktsinteressen hvor det foreligger skyld på motpartens side, eller hvor et ansvar for den positive kontraktsinteresse ville kunne pålegges uten skyld. Det preventive hensyn taler også for denne løsningen. Når den positive kontraktsinteresse i de typiske tilfeller er under null, gir et ansvar begrenset til den positive kontraktsinteresse ikke noen sikkerhet for at avtalen vil bli oppfylt.¹³⁵

¹³¹ Krokeide (1979) s. 220-221

¹³² Hov (2002) s. 195

¹³³ Hov (2002) s. 195

¹³⁴ Simonsen (1997) s. 313

¹³⁵ Krokeide (1947) s. 535

Her tilsier både gjenopprettelses- og prevensjonshensyn at det ikke skal gjøres fradrag for fordelene ved å slippe fri fra den ugunstige avtalen.¹³⁶ Denne begrensningen av prinsippet om compensatio lucri cum damno har allmenn tilslutning.¹³⁷

Men hva hvis ingen av partene har vært klar over at avtalen ikke har vært ugunstig for den krenkede part? Fradragsspørsmålet blir da noe vanskeligere. Her er muligheten for at den krenkede part med en gang etterpå ville ha inngått en tilsvarende kontrakt med tredjemann og lidt det samme tapet der. Ifølge Krokeide er dette en hypotetisk mulighet som ikke bør påberopes av den uaktsomme part.¹³⁸

6.2.2.3 Culpa in contrahendo

For det tredje kan man tenke at fradrag ikke blir gjort dersom det er utvist uaktsomhet fra debtors side ved kontraktslutningen, og debitor vil kunne bebreides for misligholdet og for ikke å ha varslet om det på et tidligere tidspunkt. Debitor har for eksempel unnlatt å fortelle om alvorlige mangler ved oppfyllelsesgjenstanden eller om sin manglende evne til å betale.¹³⁹

Et slikt tap må erstattes selv om avtalen er ugunstig for parten. Parten har også ved ugunstige avtaler plikt til å opptre hensynsfullt og spare parten for unødvendige utgifter. Et selvstendig erstatningsansvar er da påkrevd for å sikre atplikten blir oppfylt.¹⁴⁰ Dette taler for at det bør være lov å velge den negative kontraktsinteresse der denne er større enn den positive kontraktsinteresse.

Men hva hvis kreditor ville ha inngått en tilsvarende og like tapsbringende avtale med en tredjemann hvis debitor hadde gitt han den nødvendige informasjonen?¹⁴¹ Rt. 1933 s. 1114 har en slik problemstilling. Et aksjeselskap hadde tilfraktet et skip. Etter et halvt år

¹³⁶ Fleischer (1959) s. 47

¹³⁷ Simonsen (1997) s. 313

¹³⁸ Krokeide (1979) s. 176

¹³⁹ Hagstrøm (2002) s. 555

¹⁴⁰ Brækhus (1947) s. 533-534

¹⁴¹ Hagstrøm (2002) s. 555

misligholdt befrakteren avtalen og rederiet hevet avtalen. Misligholdet hadde påført rederen merutgifter, han hadde måttet utrede havneavgifter, lossing med mer. De nye avtalene var på grunn av prisutviklingen mye gunstigere enn de gamle. Men dette gjorde ikke Høyesterett fradrag for. Situasjonen var at rederiet hadde begrenset sitt krav til erstatning for skyldig frakt frem til hevningstidspunktet. Etter Høyesteretts oppfatning kunne det da ikke gjøres fradrag i tap som var oppstått frem til hevningstidspunktet. Begrunnelsen var at hvis befrakteren skulle fått medhold i at etterfølgende gevinst skulle bringes til fradrag i allerede oppstått beløp, ville den part som misligholdt, og hadde påført rederiet et tap, få fordelene av å disponere rederiets kapital, altså skipet.¹⁴²

Dommen er ikke noe rent prejudikat da det ikke er reist sak mot det befraktende aksjeselskap, men mot selskapets styremedlemmer på alminnelig erstatningsrettslig grunnlag. Men særlig med støtte i dommen fra 1933 må det kunne hevdes at kreditor har krav på å bli stillet som om den første kontrakten hadde blitt riktig oppfylt slik at han da ville ha unngått pådratte kostnader.¹⁴³ Den krenkede part bør settes i samme stilling som om han har fått et varsel, da ville han ikke ha hatt de bortkastede omkostningene i henhold til den første kontrakten. Hva som ellers ville ha skjedd ved inngåelse av dekningstransaksjonen er en hypotetisk mulighet som den uaktsomme part neppe bør nyte godt av. Hans ansvar er allerede inntrådt, og bør ikke falle bort, selv om det viser seg at den krenkede part har oppnådd en fordel ved å vente med å kontrahere.¹⁴⁴

Hva om den erstatningsbetingende uaktsomhet skjer etter at avtalen er sluttet (*culpa in contractu*)? Resonnementet blir det samme som ovenfor ved *culpa in contrahendo*. Omkostninger som hadde vært avverget om skadevolder hadde overholdt sin plikt, blir det ikke gjort fradrag for.¹⁴⁵ I punkt 3.2.1 så vi et eksempel på brudd på varslingsplikten i kontraktsforhold i Rt. 1938 s. 602, jfr. også punkt 5.2.2. Etter at partene hadde inngått avtalen hadde prisene i markedet samtidig sunket. Kjøperen hadde dermed en ikke

¹⁴² Hov (1997) s. 191

¹⁴³ Hagstrøm (2002) s. 556

¹⁴⁴ Krokeide (1979) s. 177

¹⁴⁵ Simonsen (1997) s. 314

ubetydelig fordel av å kunne heve kjøpet. Men det ble ikke gjort fradrag for fordelene ved å slippe fri fra en ugunstig avtale.¹⁴⁶

Hva var grunnen til dette? Legger man en rimelighetsvurdering til grunn vil det ikke være rimelig og i tråd med rettspolitiske syn dersom man skulle kunne kreve fradrag for denne fordelene. Det er først og fremst preventive hensyn som taler for denne løsningen. Når selgeren i en periode med synkende priser ble klar over misligholdet uten å orientere kjøperen, bør han være ansvarlig for de bortkastede omkostningene som kjøperen har pådratt seg, uten at det tas hensyn til at prisene i mellomtiden synker ytterligere.¹⁴⁷ Ellers vil ikke erstatningsansvar som sanksjon mot den unnlatte informasjonen ha noen effekt.

Det følger av dommene at en debitor som har opptrådt rettsstridig ikke bør ha rett til å påberope seg den hypotetiske mulighet at kreditor ville ha hatt det samme tap selv om han hadde fått øyeblikkelig varsel. Dette gjelder uansett om kontrakten var ugunstig for kreditor ved kontraktsinngåelsen, uten at han var klar over det, eller dersom den har blitt ugunstig som en følge av markedsutviklingen etter at avtalen ble sluttet. Debitor blir da både ved culpa in contrahendo og culpa in contractu erstatningsansvarlig for tap eller omkostninger som kreditor kunne ha unngått om han hadde blitt varslet. Det gjøres ikke fradrag for fordelene ved å slippe fri fra en ugunstig kontrakt.¹⁴⁸

6.2.3 Fradragsprinsippets anvendelsesområde på de to tapsutmålingsprinsippene

Det følger av drøftelsene ovenfor i punkt 6.2.1 at prinsippet om compensatio lucri cum damno som utgangspunkt skal legges til grunn ved utmålingen av begge prinsippene. Fra dette gjøres det en del unntak, tre av de mest sentrale for tapsbringende kontrakter ble nevnt ovenfor.

Hvordan forholder prinsippet om compensatio lucri cum damno til erstatning av tillitssinteressen? Et fradrag for fordelene ved å slippe fri fra en ugunstig avtale, bygger på

¹⁴⁶ Hagstrøm (2004) s. 523

¹⁴⁷ Krokeide (1979) s. 177

¹⁴⁸ Krokeide (1979) s. 223

det argument at en part som har inngått en kontrakt som er ugyldig ikke bør bli bedre stilt enn han ville ha vært dersom avtalen hadde vært gyldig. Hvis han vil kreve erstatning for pådratte kontraktsomkostninger, vil det være naturlig at det også gjøres fradrag for fordelene han oppnår ved å slippe fri fra den tapsbringende kontrakten. I eldre teori ble denne avkortningen avvist ved negativ kontraktsinteresse. Begrunnelsen var at kravet på den negative kontraktsinteresse bygde på et annet grunnlag enn kravet på den positive kontraktsinteresse.¹⁴⁹ Begrunnelsen er alt for formell til å kunne opprettholdes, men den treffer likevel et poeng. Som sett under punkt 3.2 vil erstatning av den negative kontraktsinteresse som hovedregel bygge på skyld. Skyld hos den erstatningsansvarlige er nettopp et av de momenter som sterkest trekker i retning av at man ikke skal gjøre fradrag for fordelene ved å slippe fri, jfr. punkt 6.2.2.3 ovenfor.¹⁵⁰ Hvis den ene part har utvist culpa in contrahendo bør han ikke ha rett til å forholde seg passiv dersom han er oppmerksom på at motparten er i ferd med å pådra seg omkostninger i tillit til avtalen. Det er her motpartens skyld at parten har gitt seg inn på den ugunstige avtalen, motparten kan da ikke kreve sitt ansvar begrenset til den positive interesse ved å argumentere med at parten på denne måten får det han har regnet med.¹⁵¹

Det foreligger i prinsippet et særskilt ansvarsgrunnlag for de senere pådratte omkostninger hvis den uaktsomme part ikke gir beskjed om ugyldighetsgrunnen. Som en følge av dette vil det ved erstatning av den negative kontraktsinteresse som regel ikke bli gjort fradrag for fordelene ved å slippe fri fra avtalen.

Hvis det ikke foreligger noen form for skyld hos partene vil det ikke bli noen erstatning av den negative kontraktsinteresse fordi erstatningen som vi har sett krever et særskilt ansvarsgrunnlag i form av en eller annen form for uaktsomhet.¹⁵² Et unntak kan være erstatning av den negative kontraktsinteresse på objektivt grunnlag, jfr. punkt 3.1.3 i fremstillingen.

¹⁴⁹ Krokeide (1979) s. 175

¹⁵⁰ Krokeide (1979) s. 174

¹⁵¹ Brækhus (1947) s. 534

¹⁵² Hov (2002) s. 193

Hvordan stiller fradragsspørsmålet seg i forhold til erstatning av den positive kontraktsinteressen? Det foreligger ikke noe vilkår om at hevning kun er aktuelt der misligholderen har utvist skyld. Dersom ingen skyld foreligger er det ingen grunn til å ikke gjøre fradrag etter prinsippet om compensatio lucri cum damno. Årsaksbetraktningen som ligger til grunn for oppfyllelsesinteressen tilsier da at det skal gjøres fradrag. Ingen av partene skal tape eller tjene på hevningen. Som regel vil fordelene ved å slippe fri fra en ugunstig kontrakt være større enn de omkostninger kreditor har pådratt seg. Som vi har sett kan skadelidte kan da bli stående igjen uten erstatning i det hele tatt.

Sett under ett viser drøftelsen at man fra en økonomisk synsvinkel i tilfeller av tapsbringende kontrakter kommer best ut av det ved å kreve erstatning av tillitsinteressen. Ved å søke dekning i den negative kontraktsinteressen unngår man virkningen av fradragsprinsippet fordi man retter skadeperspektivet mot inngåelsen av avtalen i stedet for kontraktsverdien.¹⁵³

6.2.4 Noen eksempler på virkningen av fradragsprinsippet

Ovenfor ble det konkludert med at det som regel ved tapsbringende kontrakt vil være økonomisk gunstigst å kreve erstatning av den negative kontraktsinteresse. Formålet under dette punkt er å se i praksis hvordan denne forskjellen kommer til syne. Dette gjøres ved hjelp av noen praktiske talleksempler.

Vi tenker oss det tilfelle at en part har kjøpt en vare for 100 kroner. Han har hatt 10 kroner i normale omkostninger. På kontraktstiden regner han med at han skal kunne selge den videre for 120 kroner, og dermed sitte igjen med kroner 10 i gevinst. Men prisen faller, og han får bare 90 kroner da han selger varen videre. Den positive kontraktsinteressen utgjør da -20 kroner, mens den negative kontraktsinteresse vil bli på +10 kroner.¹⁵⁴

Kjøper har i utgangspunktet rett til å få erstattet varens verdi. Men på grunn av prinsippet om compensatio skal vederlaget, som restitueres, gå til fradrag. Erstatningen etter den

¹⁵³ Simonsen (1997) s. 318

¹⁵⁴ Brækhus (1947) s. 524

positive kontraktsinteresse blir dermed 0 kroner.¹⁵⁵ Etter den negative kontraktsinteresse skal intet fradrag gjøres, og erstatningen blir her på +10 kroner.

Hvordan blir eksemplet over dersom vi tenker oss at prisfallet ikke er så kraftig? La oss tenke oss at varen synker til 105 kroner. Etter prinsippet om compensatio går vederlaget på 100 kroner til fradrag. En kontraktsverdi på 5 kroner gjenstår da. Dersom kjøper ikke har rukket å pådra seg de normale omkostninger skal fordelene ved dette gå til fradrag. Erstatningen blir dermed 0 kroner.

Hvordan stiller det seg i eksemplet ovenfor dersom kjøperen har pådratt seg 5 kroner i normale omkostninger? Her vil 100 kroner gå til fradrag, og av de 10 kronene han ville ha pådratt seg i normale omkostninger hvis avtalen ikke hadde blitt hevet, har han sluppet med 5 kroner. Fordelen ved dette, altså de 5 kronene, skal gå til fradrag i kravet, og erstatningen av den positive kontraktsinteresse blir 0 kroner.

Hvordan blir erstatningen dersom kjøperen har pådratt seg samtlige omkostninger på 10 kroner? Her er det ingen fordeler ved dette som skal gå til fradrag. Restverdien av varens verdi er dermed 5 kroner og den positive erstatningen blir på 5 kroner.¹⁵⁶

I eksemplene ovenfor blir erstatningen etter den negative kontraktsinteresse større enn den negative, men differansen mellom dem er liten. Som regler vil de normale utgifter utgjøre et relativt beskjedent beløp. Men de kan også bli store. Man ser lettere betydningen av valgmuligheten dersom man plusser noen nuller på eksemplene foran. Det vil da være av stor betydning hvilket tapsutmålingsprinsipp utmålingen gjøres etter. Dette vil særlig kunne være tilfellet hvor den negative kontraktsinteresse omfatter et innkjøpstap.

Brækhus har et eksempel der en maskinfabrikk har påtatt seg å levere en spesialmaskin til en verdi av 500 000 kroner.¹⁵⁷ På grunn av økede materialpriser og lønninger vil det koste

¹⁵⁵ Eksemplet er hentet fra Brækhus (1947) s. 524

¹⁵⁶ De tre siste eksemplene er hentet fra Simonsen (1997) s. 311

fabrikken 750 000 kroner å bygge maskinen. Da denne maskinen er spesialtilpasset bestillers spesielle behov, vil salgsverdien av maskinen imidlertid ligge på 250 000 kroner. Den positive interesse er da - 250 000 kroner,¹⁵⁸ den negative + 500 000 kroner.¹⁵⁹

Som vi ser får man i dette tilfellet ingen erstatning hvis man velger erstatning av den positive kontraktsinteresse, men et krav på den negative kontraktsinteresse vil gi en erstatning på 500 000 kroner. Dette viser betydningen av valgadgangen. Når de normale utgiftene er høye vil man ved tapsbringende avtale kunne oppnå en betydelig økonomisk fordel ved å kunne kreve den negative kontraktsinteresse. Ellers vil fradraget føre til at kreditor kan bli stående igjen uten dekning for sine normalomkostninger. Det kan være at skadelidende part ikke får noen erstatning i det hele tatt dersom fordelene ved å slippe fri fra avtalen er større enn de bortkastede kontraktsomkostningene.

7 En vurdering av begrepet ”negativ kontraktsinteresse”

Ovenfor er det foretatt en redegjørelse av hvordan rettstilstanden av den negative kontraktsinteresse er. Formålet under dette punkt er et forsøk på å foreta en avveining av den praktiske verdi av begrepet ”negativ kontraktsinteresse.” Det skal her foretas en drøftelse av om det er hensiktsmessig å operere med en egen betegnelse for erstatning av det tap kontraktsparten lider ved å handle i tillit til at man har inngått, eller er i ferd med å inngå en avtale.¹⁶⁰

Meningene om den praktiske verdien av betegnelsen ”negativ kontraktsinteresse” har vært nokså delte.¹⁶¹ Det har i juridisk rettslitteratur blitt stilt spørsmål om den negative

¹⁵⁷ Brækhus (1947) s. 524

¹⁵⁸ Det er ikke helt korrekt å operere med negative verdier når kontraktsinteressen defineres som en målestokk for erstatningens størrelse. Men uttryksmåten er illustrerende, og kan neppe gi anledning til misforståelser. Den er benyttet bl.a. av Brækhus (1947) s. 523

¹⁵⁹ Brækhus (1947) s. 524

¹⁶⁰ Brækhus (1947) s. 516

¹⁶¹ Brækhus (1947) s. 530

kontraktsinteresse bare burde forbeholdes ugyldighetstilfellet slik det opprinnelig var ment.¹⁶² Men dette blir problematisk fordi ugyldighet og mislighold overlapper hverandre. Som vi har sett i framstillingen finnes det situasjoner som man kan betrakte både som misligholdte og som ugyldige. En adskillelse av begrepet ”negativ kontraktsinteresse” fra mislighold er dermed ikke mulig.¹⁶³

Krokeide har i sin artikkel fra 1979 lansert en alternativ måte å se ugyldighet og mislighold på.¹⁶⁴ I korthet går denne alternative teorien ut på at betegne begrepene ”ugyldighet” og ”mislighold” slik at disse ikke overlapper hverandre. Krokeide definerer betegnelsen ”ugyldighet” slik at den ikke foreligger dersom den ene part kan påberope seg samme situasjon som grunnlag for ugyldighet og for mislighold. Han mener i stedet det vil være hensiktsmessig å betegne slike situasjoner som ”mislighold.” Dermed vil uttrykket ”positiv kontraktsinteresse” kunne komme til anvendelse i alle andre tilfelle av mislighold, uten at man behøver å forutsette noe om hvilke poster som denne erstatningen skal være sammensatt av. Han argumentere for at begrepene ”negativ” og ”positiv” kontraktsinteresse da i sin ytterste konsekvens vil bli overflødige.¹⁶⁵

Krokeide argumenterte for at positiv og negativ kontraktsinteresse først og fremst er hjelpemidler ved beskrivelsen av et rettssystem. Han uttaler på side 227 i sin artikkel: *”Når det heter at det kan kreves erstatning for en ugyldighet som er oppstått som en følge av uaktsomhet fra den annen part, er dette naturligvis en rettsregel. Om man vil kan man selvsagt presisere at det er den negative kontraktsinteresse som det kreves erstatning for, men dette er ikke nødvendig.”* Han sier videre at uttrykket ”negativ kontraktsinteresse” representerer sluttsteinen i en argumentasjonsrekke, den representerer bare det rettsreglen sier.¹⁶⁶

¹⁶² Krokeide (1979) s. 226

¹⁶³ Krokeide (1979) s. 226

¹⁶⁴ Krokeide (1979) s. 226

¹⁶⁵ Krokeide (1979) s. 237

¹⁶⁶ Krokeide (1979) s. 227

Man kan som Krokeide argumentere for at begrepene er uhensiktsmessige fordi det kan by på problemer å avgjøre hva begrepene egentlig omfatter. Og dette innebærer også en sannhet. Uttrykket ”negativ kontraktsinteresse” betegner mange tilfelle av uaktsomhet, både der avtale ikke kommer i stand, og ved ugyldige og gyldige avtaler. Begrepet har derfor anvendelse på svært ulikartede rettsområdet. Når den negative kontraktsinteresse benyttes på så ulike tilfelle blir begrepet uthulet.

Som vi har sett av drøftelsene i framstillingen er hverken den negative eller den positive kontraktsinteresse en utmålingshjemmel eller en rettspolitisk begrunnelse, de gir kun anvisninger på et årsaksperspektiv. De er altså betraktninger om hva man kan kreve erstattet. Det er ikke mulig å trekke slutninger fra selve begrepet.¹⁶⁷ Men betegnelsen ”negativ kontraktsinteresse” kan likevel være hensiktsmessig. Tapsdekningen blir klarere ved at den formuleres som et årsaksspørsmål. Begrepet ”negativ kontraktsinteresse” vil også være et hjelpemiddel. Man får et utgangspunkt fordi man vet hovedlinjene i uttrykket. Det utgjør en samlebetegnelse som kan hjelpe oss et stykke på vei. At uttrykket er vagt og rommer ”alt og ingenting” er dessuten ikke spesielt, dette gjelder for flere prinsipper i jusen. Til sammenligning her kan man vise til begrepet ”culpa in contrahendo” som er behandlet i punkt 3.1.1 i framstillingen.

Et moment man også må ta i betraktning er om man har noen god erstatning for begrepet. Krokeides forslag om at ugyldighet og mislighold aldri skal overlappe hverandre ville muligens ha ført til en mer enhetlig definisjon av begrepet. Men lar det seg gjennomføre i praksis? Da måtte man først definere ordene ugyldighet og mislighold slik at disse ikke kunne overlappe hverandre. Da måtte denne nye ordningen først ha blitt etablert. Og vil Krokeides foreslåtte forandring innebære en fullgod erstatning for begrepet? Denne må da i så tilfelle først etableres. Mye kan vel tale for at betegnelsen ”negativ kontraktsinteresse” fremdeles er hensiktsmessig.

¹⁶⁷ Hov (1997) s. 174

8 Litteraturliste

Simonsen, Lasse *Prekontraktuelt ansvar*. Oslo, 1997.

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. 3.utg. Oslo, 2004.

Woxholt, Geir *Avtalerett*. 6. utg. Oslo, 2006.

Hov, Jo *Avtalebrudd og partsskifte*. Oslo 1997.

Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet – kontraktsrett I*. 3. utg. Oslo 2002.

Brækhus, Sjur. *En analyse og vurdering av den såkalte negative kontraktsinteresse i nordisk kontraktsrett*, I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 60 (1947), s. 515-536.

Krokeide, Kjetil. *Erstatningsberegningen ved ineffektive kontrakter*, I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 92 (1979), s. 165-177.

Fleischer, Carl August *Den negative kontraktsinteresse*: I: Festskrift til Carl Jacob Arnholm. Universitetsforlaget 1959, s. 41-53.

Domsregister

Rt. 1933 s. 1114

Rt. 1938 s. 602 (Blårev-dommen)

Rt.1962 s. 175 Penta-dommen

Rt 1995 s. 543 Selsbakkehøgda Borettslag

Rt. 1995 s. 1110 Stiansen-dommen

Rt. 1997 574 Firesafe-dommen

Rt. 1998 761 Kina Hansen-dommen

Rt. 1998 1398 Torghatten-dommen

Rt. 2001 s. 1062 Nucleus-dommen

Rt. 2002 s. 1110 Bodum-dommen

Lovregister

1918 Lov om avtaler (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.

1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27.

